

DR ANTONI PERETIATKOWICZ

Rektor Uniwersytetu Poznańskiego

TEORIA PRAWA I PAŃSTWA H. KELSENA

Wstęp. — Część I. Zarys teorii Kelsena (1. Prawo a przyroda, 2. Prawo a moralność, 3. Zdanie prawne i przypisanie, 4. Prawo subiektywne i obiektywne, 5. Prawo i państwo, 6. Stopniowa budowa „prawa”, 7. Zwierzchnictwo państwowe i prawo międzynarodowe). — Część II. Analiza krytyczna teorii Kelsena (1. Założenia teorii prawnej Kelsena, 2. Charakter zdania prawnego, 3. Stosunek państwa do prawa, 4. Charakter prawa międzynarodowego, 5. Cel w prawie). — Zakończenie.

W S T Ę P

Kelsen należy do najbardziej znanych uczonych współczesnych na terenie prawa publicznego.¹ Jest on twórcą tzw. szkoły wiedeńskiej, która zajęła stanowisko bardzo radykalne w stosunku do tradycyjnej nauki prawa. Oderwanie prawa od dziedziny bytu, utożsamienie państwa i prawa, prymat prawa międzynarodowego nad prawem państwowym, negacja praw podmiotowych w ujęciu tradycyjnym, negacja tradycyjnego rozróżniania prawa prywatnego i prawa publicznego, negacja celowości w prawoznawstwie — są to teorie dość rewolucyjne, które musiały wywołać poruszenie w świecie naukowym prawniczym. Tym się tłumaczy, że prace Kelsena nie tylko spowodowały obfitą literaturę niemiecką, ale doczekały się licznych przekładów na język angielski, francuski, włoski, japoński, serbski, czeski, hiszpański, grecki, rumuński, węgierski i polski.

Obok licznych krytyk i zastrzeżeń ma Kelsen również licznych zwolenników i to zarówno na terenie austriackim (skupionych przy czasopiśmie „Zeitschrift für öffentliches Recht”), jak czeskim (skupionych przy „Revue internationale de la théorie du droit”), francuskim (Eisenmann, częściowo Waline i Bonnard) i włoskim (Rovelli, częściowo Treves).

Także w Polsce wpływ Kelsena jest poważny i to zarówno na starszych teoretyków prawa (Jaworski, Rundstein), jak

¹ Ur. 1881 w Pradze, profesor prawa państwowego w uniwersytecie w Wiedniu od 1919, w Kolonii od 1930, w Genewie od 1934 i w Pradze od 1936.

młodszych (Dembiński, Sukiennicki, Wachholz). Również uczeni polscy, nie przejmujący założeń Kelsena, wyrażają się o nim z wielkim uznaniem.

Kumaniecki pisze: „Prof. Kelsen stworzył szkołę w nauce prawa”.² Panejko pisze: „Prace Kelsena są dziś podstawowymi nie tylko dla nauki prawa państwowego i administracyjnego, ale dla nauki prawa w ogóle”.³ Nawet zdecydowany przeciwnik Kelsena Lande pisze: „Dzieło naukowe Kelsena wysuwa się niewątpliwie na czoło; a wysuwa się nie tylko dla tego, że prawnik wiedeński swym pierwszym dziełem podstawowym⁴ zdobył sobie niełatwy do osiągnięcia w literaturze naukowej niemieckiej rekord objętości książki, poświęcając za jednym zamachem przeszło 700 stronic niemal wyłącznie zadaniu walki z synkretyzmem metod w nauce prawa, lecz również dlatego, że zarówno w tym dziele, jak w następnych dał dowody uświadomienia metodologicznego, istotnie daleko posuniętego w stosunku do przeciętnego poziomu nauki.”⁵ Jeszcze jaskrawszy przeciwnik Kelsena Znamierowski pisze: „Kelsen jest niewątpliwie jednym z 'najwybitniejszych niemieckich teoretyków prawa i twórczość jego zasługuje na zwrócenie pilniejszej uwagi”.⁶ Jeden z najmłodszych krytyków Kelsena Martyniak pisze: „Wystarczy przeglądnąć jakiegokolwiek poważne czasopismo prawnicze, ażeby zrozumieć, że czysta teoria prawa stanowi punkt ciężkości dyskusyj współczesnych w nauce prawa”.^{6a}

Istotnie teoria Kelsena zasługuje na zwrócenie na nią pilnej uwagi, a to tym bardziej, że krytyki tej teorii, spotykane w literaturze europejskiej, wydają mi się nieco jednostronne i niewystarczające. Operują one przeważnie wnioskami Kelsena, nie starając się wgłębić w same podstawy jego konstrukcji i nie poddając tych podstaw należytej analizie krytycznej.

W pierwszej części tej pracy starałem się podać zwięzły zarys teorii Kelsena, zachowując o ile możności kelsenowską formę ujęcia poruszanych problemów. W drugiej części starałem się przeprowadzić analizę krytyczną najważniejszych konstrukcyj Kelsena i wyciągnąć stąd wnioski ogólniejszej natury.

² W przedmowie do polskiego tłumaczenia pracy Kelsena „Czysta teoria prawa”, 1934, dokonanego przez *Przeorskiego*.

³ W przedmowie do polskiego tłumaczenia pracy Kelsena „Podstawowe zagadnienia nauki prawa państwowego”, 1935, dokonanego przez *Przeorskiego*.

⁴ Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.

⁵ Lande, Norma a zjawisko prawne (Czasop. prawn. i ekon., 1925, str. 238).

⁶ Recenzja książki Kelsena „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff” (Ruch prawniczy, 1923).

^{6a} *Martyniak*, Le problème de l'unité des fondements de la théorie de droit de Kelsen. (Archives de philosophie de droit, 1937, str. 166).

C z ę ś c i . I

Z A R Y S T E O R I I K E L S E N A

I. *Prawo a przyroda.*

Teoria Kelsena zmierza do stworzenia podstaw metodologicznych prawoznawstwa o charakterze równie ścisłym i naukowym, jak podstawy metodologiczne przyrodoznawstwa.

Punktem wyjścia teorii Kelsena jest przeciwstawienie dwóch kategorii myślenia, a mianowicie punktu widzenia bytu i punktu widzenia powinności.⁷ Jeżeli mówię, że coś jest albo że coś być powinno, to każde z tych dwóch wypowiedzi oznacza zupełnie co innego. Z tego, że coś jest, nie wynika nigdy, że coś być powinno. Z tego, że coś być powinno, nie wynika nigdy, że to musi się urzeczywistnić. W swym głównym dziele „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” formułuje Kelsen swoje stanowisko w sposób następujący:

„Przeciwieństwo bytu i powinności jest formalno-logiczne i dopóki pozostajemy w granicach rozważania formalno-logicznego, żadna droga nie prowadzi od jednego do drugiego, dwa światy stoją naprzeciwko siebie, rozdzielone nieprzebytą przepaścią. Pytanie dotyczące „dlaczego” pewnej powinności konkretnej może logicznie prowadzić zawsze tylko znowu do pewnej powinności, tak jak pytanie dotyczące „dlaczego” pewnego bytu może mieć jako odpowiedź zawsze tylko pewien byt.”⁸

Jeżeli stwierdzamy, że „treść” pewnej powinności pokrywa się często z treścią pewnego bytu, że to, co być powinno, także faktycznie istnieje, to schodzimy z terenu formalno-logicznego na teren rozważań materialno-historyczno-psychologicznych. To, co Jellinek nazywał „normatywną siłą faktów”⁹ oznacza jedynie fakt historyczno-psychologiczny, że to, co się praktykuje oddawna w pewien sposób, wydaje się jednostkom jako coś, co być powinno. Roz-

⁷ Przeciwstawienie to nawiązuje do filozofii Kanta, który odróżnia! „rozum czysty” od „rozumu praktycznego” (Kritik der praktischen Vernunft, 1788). Także Simmel twierdził, że „powinność” jest pierwotną kategorią myślenia i że nie można dać definicji powinności, podobnie jak nie można opisać, co jest bytem lub co jest myśleniem (Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, 1892, str. 8). Założenia te były obszerniej rozwinięte przez szkołę marburską (Cohen, Natortp).

⁸ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 8. Kistiakowski krytykuje stanowisko Kelsena twierdząc, że kategorii powinności może być przeciwstawiana tylko kategoria konieczności (Socjalnyja nauki i prawo, 1916, str. 303). Znamierowski nie uznaje w ogóle odróżniania bytu od powinności (Podstawowe pojęcia teorii prawa, 1924, str. 141).

⁹ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2 wyd., 1905, str. 329.

ważanie takie nie ma nic wspólnego z punktem widzenia formalno-logicznym, które przeciwstawia świat bytu światu powinności.

Na przeciwstawieniu punktu widzenia bytu i punktu widzenia powinności opiera się podział nauk na eksplikatywne i normatywne.¹⁰

Nauki eksplikatywne skierowane są ku światu realnemu, operują one metodą kausalną, dążą do stwierdzenia przyczyn zjawisk faktycznych czyli zmierzają do wyjaśnienia faktycznego przebiegu zjawisk. Przykładem nauk eksplikatywnych są nauki przyrodnicze i historyczne.

Nauki normatywne są skierowane ku światu idealnemu, ku światu powinności.¹¹ Nie zajmują się one badaniem tego co jest, tylko ustanawiają reguły postępowania, określają pewną powinność. Nie dążą one do wyjaśnienia faktów rzeczywistości, tylko tworzą normy, na podstawie których coś nastąpić powinno, aczkolwiek może faktycznie nie nastąpi. Przykładem nauk normatywnych jest etyka, logika, gramatyka.

Do nauk normatywnych należy także prawoznawstwo. Nie należy tego rozumieć w tym znaczeniu, jakoby prawoznawstwo tworzyło dowolnie reguły postępowania, jak to czyniła niesłusznie szkoła prawa naturalnego. Prawoznawstwo czerpie treść swych norm czyli treść powinności z ustaw pozytywnych. Jest jednak nauką normatywną, w tym znaczeniu, że jest skierowane ku światu powinności i że celem prawoznawstwa jest systematyczne ujęcie norm nie zaś faktów.¹²

„Co pewne zdarzenie czyni aktem prawnym wzgl. bezprawnym, to nie jest jego rzeczywistość, nie jest jego byt naturalny, okre-

¹⁰ *Kelsen*, Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911, str. 10.

¹¹ *Landé* zarzuca *Kelsenowi*, że utożsamia on niesłusznie idealność z powinnością (Norma a zjawisko prawne, *Czasop. prawn. i ekon.*, 1925, str. 241). *Kaufmann Felix* twierdzi, że przedmioty idealne są tylko abstrakcją przedmiotów empirycznych (*Methodenlehre der Sozialwissenschaften*, 1936, str. 205). *Alexeiew* sądzi, że normy nie stanowią kategorii odrębnej, lecz mogą być przekształcone na sądy teoretyczne (*L'acte juridique créateur*, *Annuaire de l'Institut international de philosophie de droit et de sociologie juridique*, 1934, str. 194).

¹² Właściwe rozumienie metody normatywnej natrafia często na trudności nawet u wybitnych prawników. Trudno n.p. zgodzić się z ujęciem Prof. *Jaworskiego*, który pisze: „Nauka o przyczynach, które przepis (prawny) wytwarza, nauka o następstwach, które taki przepis wywołuje, ta może stanowić przedmiot nauki normatywnej, ale to prawo, które już jest, prawo pozytywne, to odrywa się od przyczyn, które wytworzyły je i odrywa się od następstw, które takie prawo pozytywne wywołuje i powinno być traktowane jako coś, co istnieje, co jest, a więc co może stanowić przedmiot nauki o istniejącym, a nie o tym, co powinno istnieć.” (*Nauka prawa administracyjnego*, 1924, str. 109).

ślony prawami przyczynowości, zamknięty w systemie natury, tylko sens obiektywny, który jest związany z tym aktem, znaczenie, które on posiada. Specyficzny sens jurydyczny, swoje właściwe znaczenie prawne otrzymuje dany przebieg rzeczowy dzięki normie, która swą treścią do niego się odnosi, która udziela mu znaczenia prawnego, tak że akt może być określony według tej normy. Norma działa tu jako schemat znaczeniowy."¹³

Obok metody prawniczej, metody normatywnej, może istnieć metoda socjologiczna, może istnieć socjologia, jako przyrodnicza nauka ludzkiego społeczeństwa, która stara się zbadać naturalne prawa społecznego współżycia, która usiłuje wyjaśnić społeczne stawanie się, tak jak ono faktycznie odbywa się w rzeczywistości. Socjologia nie jest nauką normatywną, tylko nauką eksplikatywną, przyczynową. Można więc zgodzić się na nazywanie „socjologią prawa” takiej nauki, której zadaniem jest zbadanie przyczyn i skutków tych naturalnych procesów, które z punktu widzenia norm prawnych tworzą akty prawne. Należy jednak pamiętać, że takie poznanie prawno-socjologiczne nie ma do czynienia z normami prawnymi w znaczeniu specyficznej treści myślowej, a tylko z pewnymi zjawiskami, z przebiegami bez względu na ich stosunek do jakichkolwiek norm uznanych za obowiązujące. Taka socjologia prawna czyli socjologia życia prawnego rozpatruje stany faktyczne nie w ich stosunku do norm obowiązujących, tylko w stosunku do innych stanów faktycznych, jako przyczyny i skutki.¹⁴

2. Prawo a moralność.

Jeżeli prawo należy do dziedziny powinności, do dziedziny normatywnej, to powstaje pytanie, czym się różnią normy prawne od innych norm, w szczególności od norm moralnych? Przecież istniały całe szkoły prawa (szkoła prawa naturalnego), które nie odróżniały wyraźnie tych dwóch rodzajów norm.

¹³ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 5.

¹⁴ Stanowisko Kelsena podziela *Weyr*, najjaśniejszy umysł w szkole wiedeńskiej, który na międzynarodowym Kongresie filozoficznym w Pradze w 1934 r. twierdził, że dla sociologa „prawo” jest przyczyną, skutkiem lub środkiem do pewnego celu, natomiast dla prawnika, jest tylko normą (*Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie*, Actes du 8. Congrès international de philosophie, 1934). Obszerniej rozwinął to *Weyr* w swym najnowszym dziele „Teorie prawa” (Praha, 1936). Natomiast *Schindler* sądzi, że rzeczywistość prawna jest nie tylko normą, ale także faktem (*Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre*, 1928, str. 17). *Menzel* uważa, że metoda normatywna nie jest wystarczająca dla prawnictwa (*Kelsens allgemeine Staatslehre und die Soziologie*, *Jahrbuch für Soziologie*, 1925, str. 265).

Zasadniczą różnicę pomiędzy prawem a moralnością upatruje Kelsen w tym, że moralność ma charakter autonomiczny, podczas gdy prawo ma charakter heteronomiczny.

Norma moralna istnieje dla jednostki tylko o tyle, o ile jednostka sama ją stanowi, sama się jej poddaje, sama chce jej ulegać. Przy autonomicznej moralności rozróżnienie bytu i powinności ma mniejsze znaczenie, ponieważ tu zawsze wola pokrywa się z powinnością i to nie tylko w znaczeniu generalnym, ale także w znaczeniu indywidualnym. Nie tylko bowiem obowiązuje ogół ta norma, której ogół tzn. większość chciała, ale zasada autonomii czyli własnego ustawodawstwa moralnego oznacza logicznie także, że również jednostka podlega tylko tej powinności, tylko temu imperatywowi kategorycznemu, których sama jednostka chce, w formie popędu moralnego. Wynika stąd dalej, że prawo moralne, zasada moralna, która zawiera w sobie tendencję do jej stosowania przez każdą jednostkę, ujawnia się tylko w wypadkach jej rzeczywistego stosowania.

Kelsen jednak w swych „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” zaznacza, że także na terenie moralności autonomicznej teoretycznie możliwe jest logiczne odróżnienie woli od powinności. Wobec tego, że jednostka występuje w podwójnej roli: jako podmiot obowiązku i jako ustawodawca, możnaby się zapytać, czy ostre logiczne odróżnianie bytu od powinności jest tutaj niezbędne. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest ono teoretycznie możliwe.¹⁵

Ową teoretyczną możliwość rozwija Kelsen dalej w swych późniejszych pracach. W swoim „Das Problem der Souveränität” Kelsen pisze: „Z punktu widzenia moralności jest ona równie pozytywna, jak prawo ze swego punktu widzenia; bo także moralność pretenduje do tego, by być porządkiem suwerennym.”¹⁶

W swoim „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff” wypowiada się Kelsen w sposób bardziej jasny: „Wytworem rozwoju i jako takie bytem naturalnym nie są normy etyki, tylko proces duchowy, w którym powstają wyobrażenia moralne, jako fakty myślowe, uczuciowe lub woli. Jako przedmiot myśli lub woli, jako specyficzna treść duchowa zaznaczonego procesu psychicznego, jako norma w swym sensie rzeczowym, moralność jest powinnością.”¹⁷

¹⁵ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre*, 1911, str. 11.

¹⁶ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, str. 88.

¹⁷ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, str. 77. Zbyt silnie podkreśla różnicę poglądów Kelsena w „Hauptprobleme”, „Souveränität” i „Staatsbegriff” *Mycielski*, który przypisuje Kelsenowi kompletną zmianę frontu i przekreślenie moralności autonomicznej (*Kryterium prawa w systemie Kelsena, Przegląd prawa i adm.*, 1934).

Jeżeli normy moralne mają charakter autonomiczny, to normy prawne mają charakter heteronomiczny. Istnienie ustawy stojącej poza i ponad ludźmi, której normy mogą być co do swej treści obiektywnie ustalone i są niezależne, co do swego powstania, od czynników subiektywnych, świadczy w sposób oczywisty o heteronomicznym charakterze norm prawnych. Podczas gdy normy moralne tylko pozornie skierowują od zewnątrz swoje rozkazy do podmiotu, to normy prawne pochodzą niewątpliwie od mocy, która od samego początku stoi poza jednostką i której człowiek jest poddany z powodu faktycznej władzy wykonywanej nad nim bez względu na jego zgodę, bez względu na jego wolę. Tą mocą jest państwo.

Jest rzeczą zrozumiałą, że normy ustawowe mają w stosunku do jednostki charakter heteronomiczny. Ale jak się rzecz przedstawia przy prawie zwyczajowym? Czy prawo zwyczajowe nie ma charakteru autonomicznego? Czy tam jednostka nie jest równocześnie twórcą i poddanym normie zwyczajowej?

Kelsen odpowiada na to, że prawo nigdy, nawet prawo zwyczajowe, nie ma charakteru autonomicznego. Jakkolwiek przy prawie zwyczajowym obowiązuje tylko to, co jest na ogół stosowane, tak że prawny byt i prawna powinność co do swej treści — jeżeli chodzi o ogół — są zgodne, to jednak inaczej przedstawia się sprawa indywidualnie czyli dla jednostki. Normy prawa zwyczajowego, w przeciwieństwie do moralności, są stosowane do poszczególnego wypadku także wtedy, gdy faktyczne postępowanie jest niezgodne z nimi. Ta możliwość stosowania należy do istoty prawa. Nie ma prawa bez sądu! W ten sposób przy prawie zwyczajowym istnieje zawsze możliwość przeciwieństwa między powinnością a wolą indywidualną czyli bytem, co jest wykluczone przy moralności autonomicznej. Powinność prawna obowiązuje w poszczególnym wypadku bez równoczesnego co do swej treści bytu.¹⁸

Widocznie jednak sam Kelsen miał pewne wątpliwości co do swego podziału norm na autonomiczne i heteronomiczne, skoro w swej ostatniej syntetycznej pracy „Reine Rechtslehre” (z 1934 r.) nie wspomina wcale o powyższym podziale, ani też nie zajmuje się prawem zwyczajowym. Analizuje natomiast pojęcie sprawiedliwości,

¹⁸ Lande twierdzi, że Kelsenowska koncepcja „moralności autonomicznej”, dająca w wyniku stwierdzenie identyczności popędu i normy, bytu i powinności, zawiera w sobie pomieszanie dwóch typów zdań: teoretycznego i normatywnego (Norma a zjawisko prawne, Czasop. prawn. i ekon., 1925, str. 279). Wielikowski niesłusznie przypisuje Kelsenowi twierdzenie, że prawo zwyczajowe należy do norm autonomicznych (Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914, str. 155). Kaufmann Erich sądzi, że „czyste” pojęcie prawa Kelsena jest tylko empirycznym pojęciem ogólnym pozbawionym treści (Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921, str. 21).

którą uważa za wyraz słusznego porządku prawnego. Sprawiedliwość jest ideałem irracjonalnym. Jakkolwiek ideał ten jest niezbędny dla woli i działania ludzkiego, to jednak nie jest dostępny dla poznania. Poznanie może odnosić się tylko do prawa pozytywnego.

3. Zdanie prawne i przypisanie.

Kelsen dąży do tego, ażeby pojęcie prawa oddzielić zupełnie od wszelkich rozważań politycznych, a także od wszelkich rozważań moralnych lub rozważań o sprawiedliwości. Zmierza on do stwierdzenia specyficznej prawidłowości prawa, zupełnie różnej od prawidłowości zjawisk przyrodniczych.

Właściwą istotę normy prawnej najlepiej zrozumiemy wówczas, gdy będziemy ją pojmowali, jako zdanie prawne (Rechtsatz), które z pewnym stanem faktycznym łączy pewne następstwo. Ponieważ prawo jest porządkiem przymusowym, przeto wszelka norma prawna jest normą zarządzającą przymus. Wyraża się to w zdaniu prawnym, które z pewnym określonym warunkiem łączy akt przymusu, jako następstwo.

Jest w tym pewna analogia do prawa w znaczeniu przyrodniczym, które jest także połączeniem dwóch elementów: przyczyny i skutku. Zachodzi tu jednak ta różnica, że przy normie prawnej to połączenie pewnego stanu faktycznego z jego następstwem jest inne, aniżeli przy prawie w znaczeniu przyrodniczym. Prawo przyrodnicze brzmi: Jeżeli jest A, to musi być B. Natomiast norma prawna brzmi: Jeżeli jest A, to powinno nastąpić B. Kto kradnie, ten powinien być ukarany. Kto nie oddaje długu, ten powinien podlegać egzekucji. Abstrahujemy przy tym zupełnie od moralnej i politycznej wartości tego połączenia.

Należy przy tym pamiętać, że warunek prawny nie jest w ścisłym tego słowa znaczeniu „przyczyną” następstwa prawnego, a następstwo prawne nie jest „skutkiem” warunku prawnego. Połączenie pewnego stanu faktycznego (jako warunku prawnego) z aktem przymusu (jako następstwem prawnym) nie jest połączeniem przyrodniczym, tylko połączeniem prawnym, nie jest koniecznością naturalną, tylko koniecznością prawną. Kto kradnie, ten nie musi bynajmniej być ukarany z punktu widzenia praw przyrody, z punktu widzenia faktycznego przebiegu rzeczywistości. On tylko powinien być ukarany, ponieważ ze stanem faktycznym kradzieży kara jest połączona koniecznością prawną.

„Tylko w systemie prawa, tylko jako treść norm prawnych może w ogóle istnieć stan faktyczny w swym specyficznym prawnym

znaczeniu. Poza systemem prawnym, w naturze nie istnieje ani kradzież, ani akt prawny, ani kara, ani egzekucja."¹⁹

Akt przymusu występuje w dwojakiej formie: kary lub egzekucji. Chodzi tu zawsze o przymusowe odebranie pewnych dóbr: życia, wolności lub majątku. Przy tym jest rzeczą obojętną, czy odebrana komuś część majątku jest przyznana poszkodowanemu, jak przy egzekucji, czy też państwu, jak przy karze majątkowej.²⁰

Specyficzne połączenie pewnego stanu faktycznego z następstwem prawnym nazywa Kelsen *przypisaniem* (Zurechnung) i nadaje wielkie znaczenie temu pojęciu na terenie prawnym.

Już w swoim referacie „Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode” starał się Kelsen wyjaśnić, co rozumie przez „przypisanie”. W treści każdej normy można odróżnić dwa składniki: 1. podmiot powinności czyli ten kto powinien, osoba do której norma jest skierowana i 2. przedmiot powinności czyli to, co być powinno. Zastosowanie normy do świata faktycznego może stwierdzić albo zgodność stanu faktycznego z normą albo sprzeczność stanu faktycznego z normą. W tym ostatnim przypadku powstaje pytanie, kto jest temu winien?

Odpowiedź na to pytanie daje norma, która zawiera oznaczenie podmiotu powinności. Dokonane na podstawie tej normy połączenie stanu faktycznego (przedmiotu powinności) z pewną osobą (podmiotem powinności) jest właśnie „przypisanie”. To połączenie, zwane przypisaniem, nie jest bynajmniej połączeniem przyczynowym, tylko połączeniem normatywnym, gdyż dokonuje się na podstawie normy dowolnie stworzonej przez ludzi. Np. prawo rzymskie zawierało przepis, że właściciel domu ponosi karę pieniężną w wypadku, gdy z dachu jego domu spadnie jakiś przedmiot i zabije człowieka. Śmierć tego człowieka jest właścicielowi domu „przypisana”, jakkolwiek w rzeczywistości właściciel domu nie jest wcale przyczyną tej śmierci. Może jest daleko od swego domu, może go jeszcze w ogóle nie widział. Nie mniej pomiędzy właścicielem domu, a śmiercią przechodnia norma prawna tworzy specyficzne połączenie: przypisanie.²¹

W dalszych dziełach Kelsen rozwija pojęcie „przypisania” w związku ze „zdaniem prawnym”. Już w języku potocznym mówi-

¹⁹ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, Str. 48.

²⁰ Jockei krytykuje wysuwanie na pierwszy plan „zdania prawnego” twierdząc, że podstawowym elementem materiału prawniczego nie są zdania prawne, tylko pojęcia prawne (Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930, str. 108).

²¹ Kelsen, Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911, str. 50.

my, że pewien stan faktyczny został „przypisany” temu człowiekowi, przeciw któremu skierowano karę. Wyrażenie, że ktoś został ukarany z powodu pewnego stanu faktycznego, oznacza, że ten stan faktyczny stanowi przewidziany w zdaniu prawnym warunek aktu przymusu. W teoretycznym sądzie „przypisania” wyraża się przeto stosunek pomiędzy warunkującym stanem faktycznym, a uwarunkowanym następstwem tzn. aktem przymusu. To, że w ogóle stan faktyczny należy „przypisać”, wynika tylko stąd, że ten stan faktyczny jest warunkiem aktu przymusu.

Widzimy więc, że tak jak w dziedzinie natury powiązanie stanów faktycznych przez prawa przyrodnicze nazywamy „przyczynowością”, tak w dziedzinie prawnej powiązanie stanów faktycznych nazywamy „przypisaniem”, które jest specyficzną prawidłowością prawa. Tak, jak skutek sprowadzamy do przyczyny, tak następstwo prawne należy sprowadzić do warunku prawnego. Następstwo prawne jest „przypisane” warunkowi prawnemu. Odniesienie kary do przestępstwa, odniesienie egzekucji do bezprawia cywilnego ma znaczenie normatywne, a nie przyczynowe. Wyrazem tego odniesienia, które nazywamy „przypisaniem”, jest powinność, tak jak wyrazem praw przyczynowych jest konieczność.²²

Powinność więc jest aprioryczną kategorią ujmowania empirycznego materiału prawnego. Ta kategoria prawna ma czysto formalny charakter. Stosuje się ją bez względu na treść połączonych w ten sposób stanów faktycznych, bez względu na rodzaje aktów prawnych. Nie zawiera ona w sobie niczego metafizycznego.²³

Z powyższego pojmowania powinności, zdania prawnego i przypisania wynika odmienne od tradycyjnego ujmowanie pojęcia bezprawia. Bezprawie nie jest negacją prawa, jak to się wydaje wielu ze stanowiska prawnopolitycznego. Bezprawie jest tylko warunkiem specyficjnej reakcji prawa, mianowicie aktu przymusu. Bezprawiem jest określone w zdaniu prawnym, jako warunek, postępowanie człowieka, przeciw któremu skierowany jest akt przymusu, jako skutek określony w zdaniu prawnym.

W ten sposób bezprawie staje się specyficznym warunkiem prawa i możliwym przedmiotem poznania prawnego. Czysta nauka o prawie przekreśla to wyobrażenie, jakoby człowiek w stanie bez-

²² Znamierowski krytykuje pojęcie „przypisania” oraz twierdzenie, jakoby możliwą była przypisalność faktu podmiotowi, który nie był sprawcą powstania tego faktu, ani przez pozytywne działanie, ani przez zaniechanie (Podstawowe pojęcia teorii prawa, 1924, str. 139).

²³ Analogie między Kelsenem a Duguitem z punktu widzenia niechęci do metafizyki omawia *Castiglia* (Stato e diritto in Hans Kelsen, 1932, str. 81) oraz *Sedlacek* (Il concetto realistico ed il concetto normologico della norma giuridica — Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1933).

prawia „łamał” lub „obrażał” prawo. Prawo może być tym mniej złamane lub obrażone przez bezprawie, że dopiero przez bezprawie dochodzi do swej istotnej funkcji. Bezprawie nie oznacza, jak przypuszczało pojmowanie tradycyjne, przerwy w egzystencji prawa, tylko przeciwnie: przy okazji bezprawia ujawnia się egzystencja prawa, która polega na jego mocy obowiązującej, na powinności aktu przymusu, jako następstwa bezprawia.

Rozpowszechnionym jest pogląd, że porządek prawny składa się z sumy norm, nakazujących pewne postępowanie: nie należy krać, należy zwracać pożyczkę etc. Zapomina się jednak, że w ten sposób zostaje pominięty moment przymusu, który jest istotny dla charakteru prawnego norm. Norma, stanowiąca o należyтым postępowaniu (unikającym przymusu), oznacza normę prawną tylko z zastrzeżeniem, że w razie przeciwnego postępowania nastąpi akt przymusu, jako następstwo. Ale sytuację tę wyraża poprawnie tylko „zdanie prawne”, które musi być uznane za normę prawną w jej postaci zasadniczej.

Natomiast norma stanowiąca o postępowaniu należyтым (unikającym przymusu), może obowiązywać tylko w charakterze normy prawnej wtórnej. Do takiej wtórnej normy prawnej, jako wyrazu celu prawa, odnoszą się tradycyjne pojęcia sprzeczności z prawem i zgodności z prawem. Można się tymi pojęciami posługiwać, ale z zastrzeżeniem, że przez sprzeczność z prawem rozumiemy postępowanie warunkujące przymus, a przez zgodność z prawem — postępowanie unikające przymusu.²⁴

4. Prawo subiektywne i obiektywne.

Tradycyjna nauka prawa, rozwijana głównie przez cywilistów, odróżnia wyraźnie prawo subiektywne od prawa obiektywnego. Prowadzono długie spory na temat, czy prawo subiektywne jest „interese”, czy też jest „wolą”. Nadawano prawu subiektywnemu znaczenie nie tylko równorzędne prawu obiektywnemu, ale nawet znaczenie pierwszorzędne. Według tego pojmowania najpierw powstają prawa subiektywne, przede wszystkim prawo własności, a dopiero po tym przychodzi prawo obiektywne, przychodzi porządek państwowy, którego zadaniem jest ochrona owych podstawowych praw

²⁴ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 30. *Sauer* zarzuca Kelsenowi jednostronność logistyczną i brak punktu widzenia teleologicznego (*Übersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie*, 1924, str. 15). Zdaniem *Sandera* główny błąd Kelsena polega na tym, że zachował on scholastyczną logikę dogmatyki prawa (*Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung*, *Zeitschrift für öffentliches Rechts*, 1921, str. 670).

subiektywnych. Stanowisko to sformułował jaskrawo w swych Pandektach znany romanista niemiecki *Dernburg*:

„Prawa w znaczeniu subiektywnym istniały w historii już dawno, zanim rozwinął się świadomy porządek prawny. Opierały się one na osobowości jednostek i na poważaniu, które zdołały wywalczyć dla swojej osoby i swoich dóbr. Dopiero przez abstrakcję musiano powołać do życia wyobrażenia istniejących praw subiektywnych wysnuwając pojęcie porządku prawnego. Niehistorycznym przeto i niesłusznym jest pogląd, że prawa w znaczeniu subiektywnym nie są niczym innym, jak wpływem prawa w znaczeniu obiektywnym.”²⁵

Z pojęciem praw subiektywnych łączyła nauka tradycyjna pojęcie podmiotu prawa, pojęcie „osoby”, której nadawała charakter jak gdyby niezależny od porządku prawnego, którą prawo jedynie uznawało i musiało uznać, jeżeli nie miało utracić charakteru „prawa”. Przy tym istotę tej osobowości prawnej upatrywano w wolności w znaczeniu samookreślenia.

Pojmowanie powyższe tłumaczy Kelsen nastawieniem politycznym społeczeństwa kapitalistycznego, które chce widzieć w prawie subiektywnym, to znaczy przede wszystkim w prawie własności, instytucję nietykalną, obowiązującą dla każdego porządku prawnego. Pojmowanie takie jednak nie da się utrzymać z punktu widzenia naukowego.

Czysta nauka o prawie wysuwa na plan pierwszy pojęcie prawa obiektywnego czyli pojęcie normy prawnej.

Przez obowiązek prawny rozumieć należy normę prawną w jej stosunku do stanowionego przez nią konkretnego postępowania określonej jednostki, innymi słowami normę prawną indywidualizowaną. Każdy człowiek jest prawnie zobowiązany do pewnego określonego postępowania o tyle, że przeciwieństwo tego postępowania jest przewidziane w normie prawnej, jako warunek aktu przymusu, będącego następstwem bezprawia. W ten sposób jedynie obowiązek prawny jest istotną funkcją prawa obiektywnego. Każde zdanie prawne musi z konieczności wyznaczać obowiązek prawny, ale może także wyznaczyć uprawnienie.²⁶

Również pojęcie uprawnienia czyli prawa subiektywnego należy sprowadzić do prawa obiektywnego czyli normy prawnej. Należy traktować prawo subiektywne, jako część składową porządku prawnego, mianowicie jako zdanie prawne w specyficznym odniesieniu do podmiotu.

²⁵ *Dernburg*, Pandekten, I.

²⁶ *Wielikowski* twierdzi, że w systemie Kelsena nie ma miejsca dla obowiązku prawnego jednostek (*Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, 1914, str. 169).

„Zdanie prawne, określające pewien obowiązek prawny, może być uważane za moje prawo o tyle, o ile ja stoję, na podstawie przepisów tego zdania prawnego, w takim do tego zdania stosunku, że ono może być oznaczone jako moje, jako przynależne do mnie”.²⁷

Wypadek ten zachodzi wówczas, kiedy pewne zdanie prawne stoi do mojej dyspozycji, to znaczy kiedy wyrażona w zdaniu prawnym warunkowa wola państwa dotycząca pewnego postępowania zależy między innymi także ode mnie, czyli jest uwarunkowana także akcją mojej osoby. Jeżeli zdanie prawne zawiera wolę państwa w kierunku kary lub egzekucji, to przez to zdanie prawne będzie ustanowione prawo subiektywne wszystkich tych, których skarga (actio) jest warunkiem realizacji wymienionego w zdaniu prawnym następstwa bezprawia. Skarga ta występuje, obok stanu faktycznego bezprawia, jako drugi moment warunkujący wolę państwa.

Np. zdanie prawne brzmi: Jeżeli ktoś otrzymał pożyczkę i nie zwrócił jej w terminie, a wierzyciel wnosi skargę, to państwo ma wolę egzekucji. Ponieważ państwowa wola egzekucji uzależniona została od skargi wierzyciela, przeto całe zdanie prawne, stanowiące obowiązek prawny zwrotu długu, może być określone jako prawo wierzyciela. Skoro zdanie prawne jest moim prawem, to ustanowiony przez zdanie prawne obowiązek innej osoby jest również moim prawem. Innymi słowami: mam prawo do spełnienia obowiązku przez inną osobę.

W ten sposób prawo jednej osoby jest zawsze skierowane ku obowiązkowi drugiej osoby. Ale nie odwrotnie. Bo każde zdanie prawne ustanawia obowiązek, ale nie każde ustanawia również prawo, ponieważ wola skierowana ku następstwu bezprawia musi być koniecznie uzależniona od actio.

„Tak zwane prawo subiektywne, jako uprawnienie, jest tylko szczególnym ukształtowaniem prawa obiektywnego, jest samo normą. W idei prawa subiektywnego wyraża się myśl o konkretnym, indywidualnym w odróżnieniu od prawa abstrakcyjnego, generalnego. Prawem subiektywnym jest norma prawna, o ile zawiera treść konkretną, indywidualną”.²⁸

Przy takim ujęciu tradycyjny dualizm prawa subiektywnego i obiektywnego zostaje zniesiony. Prawo subiektywne przestaje być czymś odmiennym od obiektywnego, jest tym samym prawem obiektywnym, o ile jest skierowane, ustanowionym przez siebie następstwem bezprawia, ku konkretnemu podmiotowi (obowiązek) lub też konkretnemu podmiotowi oddane do dyspozycji (uprawnienie).

²⁷ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, Str. 619.

²⁸ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, str. 58.

Co więcej, udzielenie komuś prawa subiektywnego oznacza współdziałanie jego w tworzeniu prawa obiektywnego, ponieważ jego wola stanowi istotny warunek normy indywidualnej wyroku sądowego.²⁹

Czysta nauka o prawie nie tylko ujmuje pojęcie prawa subiektywnego inaczej, aniżeli to czyniła nauka tradycyjna. Także prawnicze ujmowanie pojęcia osoby (osoby fizycznej czy osoby prawnej) jest odmienne od tradycyjnego.

Pojęcie prawnicze tzw. osoby fizycznej wiązała nauka tradycyjna z pojęciem człowieka. Otóż Kelsen zwraca uwagę na to, że człowiek nie jest pojęciem prawnym, tylko pojęciem biologiczno-psychologicznym. Nie stanowi więc żadnej jednostki dla poznania prawnego. Człowiek nie należy w całości do wspólnoty tworzącej porządek prawny, a tylko w granicach tych czynności, które są uregulowane przez normy prawne. Dlatego należy ściśle odróżniać pojęcie przyrodnicze „człowieka” od prawnego pojęcia „osoby”. Pojęcie prawne osoby, czyli podmiotu prawa oznacza tylko jedność wielu obowiązków i uprawnień, czyli jedność wielu norm, które stanowią te prawa i obowiązki. Tzw. „osoba fizyczna” jest tylko wyrazem personifikacji norm, regulujących postępowanie jednego człowieka. Ta personifikacja nie jest niczym innym, jak wspólnym punktem przypisania dla unormowanych w formie praw i obowiązków stanów faktycznych ludzkiego postępowania, punktem środkowym tego częściowego porządku, którego normy wyznaczają powyższe prawa i obowiązki, dotyczące postępowania jednego i tego samego człowieka. Człowiek więc jest rzeczywistością przyrodniczą, a osoba jest pomocniczym wyobrażeniem poznania prawnego. Nieścisłym więc jest powiedzenie, że prawo zobowiązuje i uprawnia osoby. Bo zobowiązanymi i uprawnionymi mogą być tylko ludzie. Tylko postępowanie człowieka może stanowić treść norm prawnych, a więc praw i obowiązków.

Z tego samego punktu widzenia należy oceniać pojęcie tzw. osoby prawnej. Osoba prawna także nie jest bytem realnym, bo realnym jest tylko ludzkie postępowanie, uregulowane przez normy. Osoba prawna jest tylko wyrazem jedności pewnego kompleksu norm, a mianowicie porządku prawnego, który reguluje postępowanie wielu ludzi. Jak osoba fizyczna nie jest człowiekiem, tak również osoba prawna nie jest nadczłowiekiem, nie jest żadnym organizmem ponadindywidualnym, jak przypuszczają niektórzy. Obowiązki i prawa osoby prawnej muszą być sprowadzone do obowiązków i praw ludzi, to znaczy do norm regulujących postępo-

²⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 49.

wanie ludzi. Charakterystycznym dla osoby prawnej jest to, że obowiązki i uprawnienia poszczególnych ludzi są tutaj pośrednie, a mianowicie określone za pośrednictwem częściowego porządku prawnego.³⁰

Obowiązki i prawa osoby prawnej są zawsze tylko obowiązkami i prawami poszczególnych ludzi, ponieważ dotyczą postępowania ludzkiego. Tylko, że ci poszczególni ludzie mają w tym wypadku obowiązki i prawa nie sposobem zwyczajnym, indywidualnym, tylko sposobem kolektywnym. Kolektywny charakter prawa przejawia się głównie w tym, że realizacja prawa następuje nie przez poszczególną jednostkę, tylko przez organ określony według porządku częściowego. Organem zaś wspólnoty prawnej jest jednostka tylko wówczas, gdy akt przez nią dokonany może być związany z jednością tego porządku częściowego. To odniesienie stanu faktycznego do jedności porządku możemy nazwać „przypisaniem”. Osoba w znaczeniu prawnym jest więc punktem przypisania. Wszystkie akty osoby prawnej są aktami ludzi, które są przypisane fikcyjnemu podmiotowi.³¹

5. Prawo i Państwo

Najbardziej zasadniczym dla całej teorii Kelsena jest ten pogląd, który utożsamia prawo i państwo.

Tradycyjna nauka o państwie stała na stanowisku dualizmu państwa i prawa. Uważała ona, że państwo jako jedność zbiorowa, jako podmiot woli i działania, jest niezależne i nawet wcześniejsze od prawa. Państwo jednak spełnia swoją misję historyczną przez to, że tworzy prawo czyli objektywny porządek prawny i samo potem podlega temu prawu czyli zobowiązuje się przez swoje własne prawo. Na tym założeniu opierała się znana teoria Jellineka o dwóch stronach państwa (społecznej i prawnej) i o samozobowiązaniu państwa, które zachowuje charakter zwierzchniczy, a jednak związane jest własnymi zobowiązaniami.³²

Kelsen twierdzi, że teoria powyższa nie jest pozbawiona charakteru politycznego, ponieważ tworzy uzasadnienie władzy państwowej. Państwo musi być przedstawione, jako osoba odrębna od

³⁰ Heller twierdzi, że Kelsen miesza pojęcia „organizacji” i „porządku” (Staatslehre, 1934, str. 90).

³¹ Zdaniem Jockla częściowe uznanie przez Kelsena teorii fikcji Vaihingera nie da się utrzymać (Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930, str. 192). Jerusalem sądzi, że teoria Kelsena jest rezultatem zakłopotania metodologicznego, w którym się znajduje współczesne prawoznawstwo (Die Staatslehre Hans Kelsens, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1926, str. 672).

³² Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 wyd. 1914.

prawa, ażeby prawo mogło uzasadnić państwo. A prawo może uzasadnić państwo tylko wówczas, jeżeli jest przedstawione jako coś odrębnego od siły państwowej, jako porządek w pewnym sensie sprawiedliwy. W ten sposób państwo, zamiast zwykłego faktu władzy, staje się państwem prawnym, które jest tym uzasadnione, że wytwarza prawo.

Ten tradycyjny dualizm państwa i prawa jest bardzo silnie zwalczany przez Kelsena. Już w swoim pierwszym dziele „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” poświęca Kelsen cały rozdział krytyce teorii Jellinka o samozobowiązaniu państwa i podkreśla łączność obu pojęć: państwa i prawa.

„Taki stosunek państwa do prawa, że pierwsze stanowi prius, a drugie posterius, musi być stanowczo odrzucony, ponieważ państwo bez prawa tak samo nie da się pomyśleć, jak prawo bez państwa i badania historyczne nie mogą wskazać na odrębne początki prawa i organizacji państwowej. Państwo i prawo muszą być niewątpliwie traktowane, jako dwie różne strony tego samego faktu.”³³

W swym następnym dziele „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” Kelsen posunął się dalej w swej konstrukcji stosunku prawa do państwa. Nie twierdzi już, że państwo i prawo muszą być traktowane, jako dwie różne strony tego samego faktu, ale dochodzi do wniosku, że państwo i prawo są tym samym-

„Państwo o ile stanowi przedmiot poznania prawnego, o ile wogóle istnieje nauka prawa państwowego, musi mieć charakter prawa, albo samego porządku prawnego, albo jego części, ponieważ wyrażenie „prawne” nie oznacza niczego innego, jak prawo i pojmować państwo prawnie nie znaczy nic innego, jak pojmować państwo jako prawo. Że jednak państwo, o ile jest wogóle traktowane jako porządek, z punktu widzenia poznania prawnego, może przedstawiać tylko porządek prawny jako całość, a nie częściowy porządek prawny, to nie wymaga dalszego dowodu.”³⁴

W swym następnym dziele „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff” wypowiada się Kelsen w tej kwestii w formie jeszcze wyraźniejszej. Występuje on zdecydowanie przeciw możliwości rozpatrywania państwa z punktu widzenia socjologicznego, ponieważ państwo jest tylko pojęciem normatywnym, systemem powinności.

„Skoro państwo uznajemy za jedność porządkową, za normę, to nie ma żadnej możliwości przeciwstawiać go jako „związek” pra-

³³ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 406.

³⁴ Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, str. 11.

wu lub normie. Państwo i prawo podpada pod tę samą kategorię porządku normatywnego. I jeżeli upatrujemy istotę normy prawnej w jej charakterze przymusowym, to prawo i państwo są w równym stopniu porządkami przymusowymi w sensie systemu norm zarządzających przymus. I w ten sposób byłby właściwie już przeprowadzony dowód identyczności państwa i prawa. Określenie pojęciowe państwa kończy się przy definicji prawa. W szczególności suwerenność jest cechą istotną zarówno państwa, jak prawa.³⁵

Na tym samym stanowisku staje Kelsen w swym następnym dziele „Allgemeine Staatslehre”. W książce tej przeprowadzony jest konsekwentnie punkt widzenia zupełnej tożsamości państwa i prawa.

„Jeżeli zostało wykazane, że sfera bytu państwa posiada moc obowiązującą normatywną, a nie przyczynowość kauzalną, że ta jedność specyficzna, którą wkładamy w pojęcie państwa, nie leży w świecie rzeczywistości naturalnej, ale w świecie norm czyli wartości, że państwo w swej istocie jest systemem norm czyli wyrazem jedności takiego systemu, wówczas dochodzimy do zrozumienia, że państwo jako porządek może być tylko porządkiem prawnym czyli wyrazem porządku prawnego”.³⁶

Dopiero w ostatnim dziele Kelsena „Reine Rechtslehre” widzimy pewną modyfikację dotychczasowego stanowiska, zmierzającą do wykazania, że każde państwo jest prawem, ale nie każde prawo jest państwem.

Państwo jest porządkiem prawnym. Ale nie każdy porządek prawny może być nazwany państwem. Bo o państwie możemy mówić dopiero wtedy, gdy porządek prawny ustanawia pewne organy, oparte na podziale pracy, w celu tworzenia i wykonywania norm prawnych. Państwem nazywamy taki porządek prawny, który osiągnął pewien stopień centralizacji.

³⁵ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, Str. 86. W przeciwieństwie do Kelsena Zech twierdzi, że nie można uważać państwa za „sollen”, bo wtedy nie można go odróżnić od rzeczywistego państwa (*Die Rechtfertigung des Staates*, 1934, str. 28).

³⁶ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, str. 16. Powyższe stanowisko Kelsena jest przedmiotem licznych krytyk w literaturze naukowej. *Kistiakowski* zarzuca Kelsenowi, że pozbawia on państwo zupełnie charakteru faktycznego (*Socjalnyja nauki i prawo*, 1916, str. 303). *Lande* twierdzi, że Kelsen niesłusznie przeczy możliwości socjologicznych badań nad państwem, jako zjawiskiem realnym (*Norma a zjawisko prawne*, *Czas. prawn. i ekon.*, 1925, str. 266). *Menzel* uważa, że stosunek państwa do prawa podlega historycznym przeobrażeniom i że dopiero współczesne państwo prawne doprowadziło te dwa zjawiska do ścisłego związku (*Kelsens allgemeine Staatslehre und die Soziologie*, *Jahrbuch für Soziologie*, 1926, str. 265).

We wspólnocie prawnej prymitywnej, przedpaństwowej odbywa się tworzenie ogólnych norm prawnych w drodze zwyczajowej, to znaczy w drodze faktycznego postępowania jednostek. Dla przymusowego wykonania tych norm niema zrazu żadnych sądów centralnych. Zrealizowanie następstwa bezprawia jest pozostawione tym, których interesy zostały naruszone. Te działania wykonawcze i egzekucyjne jednostek nie są uważane za nowe bezprawie tylko dlatego, że jednostki działają tu w charakterze organów porządku prawnego, że stosowane przez nich akty przymusu mogą być przypisane wspólnocie.

Dopiero w miarę rozwoju społecznego, jako rezultat społecznego podziału pracy, tworzą się organy centralne: sądowe, egzekucyjne i ustawodawcze. Należy jednak pamiętać, że różnica między zcentralizowanym i zdecentralizowanym porządkiem prawnym, pomiędzy państwową i prymitywną wspólnotą prawną jest tylko różnicą ilościową a nie jakościową.

Każdy przejaw życia państwowego, każdy akt państwowy może występować tylko, jako akt prawny, jako akt tworzenia lub wykonywania norm prawnych. Działanie ludzkie staje się aktem państwowym tylko przez to, że jest kwalifikowane przez normę prawną. Z punktu widzenia poszczególnych aktów państwowych problem państwa jest problemem przypisania. Państwo jako podmiot aktów państwowych, jako osoba, jest tylko personifikacją porządku prawnego czyli porządku przymusowego. Przypisanie państwu-osobie czyni z przypisanego stanu faktycznego akt państwowy, kwalifikuje człowieka tworzącego stan faktyczny na organ państwa.

Próby uzasadnienia państwa, jako państwa prawnego czy praworządnego, są zupełnie zbędne, ponieważ każde państwo musi być państwem prawnym. Nie może być państwa, które by nie miało porządku prawnego, ponieważ każde państwo jest tylko porządkiem prawnym.³⁷

6. Stopniowa budowa prawa.

Kelsen w swoich „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” stał na stanowisku przeciwstawienia ustawodawstwa i egzekutywy, tworzenia prawa i stosowania prawa.³⁸ W dalszych jednak swych pra-

³⁷ Thoma w swej krytyce Kelsena twierdzi, że państwo jest przez prawo ukształtowane, ale nie wytworzone. Państwo przyczynia się do mocy obowiązującej porządku prawnego, ale nie jest z tym porządkiem identyczne (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 1926, tom VII, str. 755). Rapisardi-Mirabelli nazywa rozwiązanie Kelsena czysto werbalnym (Elementi di diritto pubblico generale, 1935, str. 27).

cach zmodyfikował swe pierwotne stanowisko pod wpływem teorii Merkla o stopniowej budowie prawa.³⁹

Stopniową budowę prawa rozumie Kelsen w ten sposób, że prawo reguluje swoje własne tworzenie, a mianowicie w ten sposób, że norma prawna reguluje postępowania, według którego druga norma prawna jest tworzona, a także, w pewnym stopniu, reguluje treść tworzonej normy. Na tym właśnie polega dynamiczny charakter prawa.

Stosunek między normą określającą tworzenie innej normy, a normą wytworzoną, jest stosunkiem nad- i podporządkowania. Porządek prawny nie jest systemem norm równorzędnych, tylko hierarchicznym porządkiem różnych warstw norm prawnych. Jedność i związek tych norm stąd wynika, że moc obowiązująca pewnej normy opiera się na innej normie, która znowu opiera się na normie wyższej. Taki regres dochodzi wreszcie do normy podstawowej (Grundnorm) czyli hipotetycznej, która stanowi naczelną podstawę mocy obowiązującej.

„Ponieważ dopiero norma podstawowa ustanawia organ wytwarzający prawo, przeto tworzy ona konstytucję w znaczeniu prawno-logicznym. A ponieważ wytworzony w ten sposób ustawodawca stanowi normy, które regulują samo ustawodawstwo, przeto powstaje stąd — jako stopień najbliższy — konstytucja w znaczeniu pozytywno-prawnym. Jednakże „konstytucja” tzn. ukonstytuowanie porządku prawnego poszczególnego państwa, uzasadnienie jego jedności, leży właściwie w konstytucji w znaczeniu prawno-logicznym, w normie podstawowej nie stanowiącej, ale założonej”.⁴⁰

Konstytucja pozytywna nie tylko określa postępowanie przy tworzeniu norm ogólnych, ale może także określać treść przyszłych ustaw, a to w ten sposób, że pewną treść przepisuje lub ją wyklucza. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z obietnicą wydania pewnych ustaw w przyszłości. W drugim wypadku zakazy mają znaczenie tylko pod warunkiem, że zmiana konstytucji jest trudniejszą, aniżeli zmiana ustaw zwykłych.

Poniżej konstytucji pozytywnej najbliższym stopniem są ustawy, które zawierają normy ogólne. Funkcja ustaw polega na tym,

³⁸ „Formalną siedzibą zdania prawnego może być zawsze tylko ustawa, a nigdy rozporządzenie” (*Kelsen*, Hauptprobleme der Staatslehre, 1911, Str. 559).

³⁹ *Merkl*. Das Recht im Lichte seiner Anwendung (1917), Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (1931). Por. *Bonnard*, La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolf Merkl (*Revue du droit public*, 1928), *Bautro*, Stopniowa budowa prawa wedle teorii Merkla, 1935 i *Supiński*, Postępowanie administracyjne, 1933.

⁴⁰ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, Str. 249.

że określają one nie tylko organy i postępowanie, ale przede wszystkim treść norm indywidualnych, stanowionych przez sądy i władze administracyjne. Podczas gdy przy konstytucji punkt ciężkości leży w uregulowaniu postępowania, według którego ustawy mają być tworzone, to zadaniem ustawodawstwa jest określanie zarówno sposobu tworzenia, jak też treści aktów sądowych i administracyjnych. Stosunek pomiędzy konstytucją a ustawodawstwem jest w istocie podobny do stosunku pomiędzy ustawą, a wyrokiem w zgl. administracją.⁴¹

Gdy używamy wyrazu „ustawa”, myślimy tylko lub przeważnie o normach ogólnych lub abstrakcyjnych. I jeżeli się często utożsamia ustawodawstwo z tworzeniem prawa, to następuje to dlatego, że prawo pojmuje się jako sumę norm ogólnych, że ujmuje się prawo tylko w formie ogólnej, abstrakcyjnej. Takie pojęcie prawa jest oczywiście za ciasne i prowadzi do sprzeczności nierozwiązalnych.

Norma ogólna wymaga indywidualizacji konkretnej. Musi być ustalone, czy stan faktyczny przewidziany w normie abstrakcyjnej, konkretnie zaistniał, i dla tego konkretnego przypadku musi być postanowiony akt przymusu, przewidziany również w normie ogólnej. Czynność że spełnia wyrok sądowy i na tym właśnie polega funkcja władzy sądowej. W ten sposób funkcja orzecznictwa sądowego ma charakter konstytutywny, a nie deklaratywny, jest tworzeniem prawa we właściwym znaczeniu tego słowa. Dopiero wyrok sądowy tworzy połączenie pewnego konkretnego stanu faktycznego ze specyficznym skutkiem prawnym. Dlatego wyrok sądowy jest indywidualną normą prawną, zindywidualizowaniem i skonkretyzowaniem normy prawnej ogólnej, dalszym ciągiem tworzenia procesu prawa.

„Jak orzecznictwo, które tradycyjna nauka uważa za stosowanie prawa w przeciwieństwie do ustawodawstwa czyli tworzenia prawa, jest w rzeczywistości tworzeniem prawa, tak znowuż ustawodawstwo jest poniekąd stosowaniem prawa. Wyrok sądowy jest stosowaniem prawa, o ile rozważamy jego stosunek do wyższego stopnia ustawy, przez którą wyrok jest prawnie zdeterminowany. Będzie natomiast wyrok tworzeniem prawa, normowaniem prawnym

⁴¹ Stanowisko to krytykuje *Carré de Malberg*, który twierdzi, że z punktu widzenia doktryny francuskiej państwo nie jest systemem norm, ale korporacyjnością osób. Pomiędzy ustawami konstytucyjnymi a zwykłymi *Carré de Malberg* nie widzi prawie żadnej różnicy, gdyż obydwie te kategorie są wyrazem woli powszechnej. Akty administracyjne natomiast i akty jurysdykcyjne są jedynie stosowaniem ustawy i nie tworzą norm nowych. Również akty prywatne (umowy) nie mogą tworzyć norm prawnych, ponieważ jednostki nie są organami upoważnionymi przez państwo do stanowienia norm prawnych (*Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés*, 1933).

wówczas, gdy rozważamy jego stosunek do tych aktów prawnych, które powstaną „na podstawie” wyroku np. do aktów egzekucyjnych, albo też gdy rozważamy jego stosunek do stron, na które wyrok nakłada konkretne obowiązki. I podobnie ustawa, która jest tworzeniem prawa w stosunku do wyroku, z drugiej strony jest stosowaniem prawa w stosunku do wyższego stopnia, którego normy determinują ustawę.⁴²

Również administracja jest, podobnie jak orzecznictwo, indywidualizowaniem i konkretyzowaniem ustaw, mianowicie ustaw administracyjnych. Akt administracyjny można narówni z wyrokiem sądowym nazywać ustaleniem spornego lub niejasnego prawa. Jest on bowiem, podobnie jak wyrok sądowy, stanowieniem normy indywidualnej. Władza administracyjna ustala stan faktyczny przewidziany przez normę ogólną, jako warunek aktu przymusu, i określa następstwo bezprawia czyli tzw. przymus administracyjny: karę pieniężną, karę wolności, egzekucję. Różnica leży tylko w technice organizacyjnej, a mianowicie w tym, że sądy są przy sprawowaniu orzecznictwa niezależne od swoich władz przełożonych, podczas gdy władze administracyjne otrzymują instrukcje z góry.⁴³

Różnica funkcyjna pomiędzy administracją a wymiarem sprawiedliwości zachodzi tylko wówczas, jeżeli cel państwa jest urzeczywistniany przez organy państwowe bezpośrednio, jeżeli organ państwowy wprost wytwarza stan społeczny pożądany, jeżeli np. państwo samo buduje szkoły, koleje, leczy chorych w szpitalach etc. Taka administracja bezpośrednia różni się zasadniczo od sądownictwa, ponieważ sądownictwo jest pośrednim realizowaniem celów państwowych i w istocie swej jest pokrewnie pośredniej administracji.

W niektórych działach prawa, w szczególności w dziale prawa prywatnego indywidualizacja i konkretyzacja norm ogólnych nie następuje bezpośrednio przez akty organów państwowych np. przez sądy. Pomiędzy ustawą a wyrokiem sądowym znajduje się jeszcze ogniwo pośrednie, a mianowicie akt prawny jednostek prywatnych. Ten akt prawny spełnia funkcję indywidualizującą odnośnie do stanu faktycznego warunkującego wyrok sądowy. Strony bowiem są upoważnione przez ustawę do stanowienia konkretnych

⁴² Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, str. 234. Larenz sądzi, że teoria stopniowej budowy źle się godzi z pojmowaniem prawa, jako aktu woli (*Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (2 wyd., 1935).

⁴³ Waline nie podziela poglądu Kelsena i twierdzi, że aktami tworzącymi nowe normy są tylko te, których autorzy posiadali władzę dyskrecyjną w kierunku określenia treści tych norm. Poza tym Waline odróżnia normy prawne od sytuacji prawnych (*Observation sur la gradation des normes juridiques*, *Revue du droit public*, 1934).

norm dla swego wzajemnego stosunku. Normy te określają wzajemne postępowanie stron i naruszenie tego przepisane go postępowania stanowi podstawę faktyczną wyroku sądowego.

Ostatnim, najniższym stopniem w procesie tworzenia prawa jest realizacja aktu przymusu, jako następstwa bezprawia.

W ten sposób, zdaniem Kelsena, pomiędzy tworzeniem prawa i stosowaniem prawa nie ma tak zasadniczej różnicy, jak to przypuszczała nauka tradycyjna. Bo przeważną część aktów prawnych jest jednocześnie tworzeniem prawa i wykonaniem prawa. Konstytucja jest wykonaniem normy podstawowej. Ustawa zwykła jest wykonaniem konstytucji. Wyrok sądowy i akt administracyjny są wykonaniem ustawy. Realizacja aktów przymusu jest wykonaniem nakazów administracyjnych i wyroków sądowych.

Tylko pierwszy stopień, norma podstawowa, nie ma charakteru wykonawczego, tak jak ostatni stopień, akt przymusu, ma tylko charakter wykonawczy. Wszystkie stopnie pośrednie są jednocześnie tworzeniem prawa i wykonywaniem prawa.⁴⁴

Powstaje jednak pytanie dotyczące możliwości konfliktu pomiędzy normami różnych stopni. W jaki sposób pogodzić jedność porządku prawnego i zasadę hierarchii norm z możliwością norm prawnych sprzecznych z normami stopnia wyższego?

Kelsen twierdzi, że konflikt norm prawnych różnych stopni jest niemożliwy. Norma bowiem wyższego stopnia uznaje ważność normy niższego stopnia, nawet w wypadku sprzeczności z nią, tak długo dopóki nie zostanie unieważniona w sposób przepisany. Konstytucja nie tylko przewiduje w jaki sposób ustawy mają być tworzone, ale także — w wypadku niezgodności z konstytucją — w jaki sposób mogą być unieważnione wagi. w jaki sposób mogą być pociągnięte do odpowiedzialności pewne organa (głowa państwa, minister) za współudział w tworzeniu niekonstytucyjnej ustawy. Ustawa jednak obowiązuje, nawet w wypadku sprzeczności z konstytucją tak długo, dopóki nie zostanie unieważniona lub zmieniona. Również akt administracyjny, nawet sprzeczny z ustawą, obowiązuje tak długo, dopóki nie zostanie skasowany w sposób ustawą przepisany.

Norma, która jest niezniszczalna, może być albo definitywnie obowiązująca, albo nieistniejąca, a mająca tylko pozór normy.⁴⁵

⁴⁴ *Nawiasky* twierdzi, że niższe normy (rozporządzenia, akty administracyjne) same nie zawierają sankcji, a więc nie są takimi normami, jak ustawa. Należy raczej mówić o stopniowym upoważnieniu, a nie o stopniowej budowie prawa (*Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechtes, Zeitschrift für öffentliches Recht, 1927*).

⁴⁵ *Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, str. 88.*

7. Zwierzchnictwo państwowe i prawo międzynarodowe.

Już w swojej pracy podstawowej „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” Kelsen podkreślał ścisły związek prawa z państwem. Prawo jest wolą państwa. Państwo jest piastunem prawa.⁴⁶ A ponieważ istnieje wiele państw, przeto musi istnieć wiele systemów prawnych.

Wynikają stąd jednak poważne trudności przy zagadnieniu prawa międzynarodowego, które obowiązuje wszystkie państwa należące do społeczności międzynarodowej. Czy tak zwane prawo międzynarodowe jest „prawem”? Jaki jest stosunek prawa międzynarodowego do prawa państwowego (w znaczeniu ogółu norm obowiązujących w państwie)?

Zagadnieniu temu poświęcił Kelsen specjalną pracę „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts”, w której poddaje krytyce tradycyjne poglądy prawników, a w szczególności kwestionuje pojęcie zwierzchnictwa państwowego.

Tradycyjne ujęcie prawa państwowego i prawa międzynarodowego nazywa Kelsen konstrukcją dualistyczną. Konstrukcja ta głosi, że prawo państwowe i prawo międzynarodowe przedstawiają dwa zasadniczo odmienne systemy norm. Źródła obu porządków prawnych są zgoła odmienne i niezależne. Źródłem prawa państwowego jest wola państwa. Źródłem prawa międzynarodowego jest układ między państwami czyli wspólna wola wielu państw.⁴⁷

Konstrukcja ta, zdaniem Kelsena, nie da się utrzymać. Sypnie bowiem możliwość rozbieżności woli tego samego państwa, jako źródła prawa państwowego i jako współczynnika układu międzypaństwowego, co jest sprzeczne z zasadą jednolitości woli państwowej. Poza tym nie daje odpowiedzi na pytanie, dlaczego państwo związane układem międzynarodowym nie może jednostronnie swojej „woli” zmienić? Wreszcie konstrukcja dualistyczna dwóch porządków prawnych jest sprzeczna z zasadą jedności systemu prawnego.

Kelsen stara się wykazać, że w sprawie stosunku prawa państwowego i prawa międzynarodowego możliwe są tylko dwie konstrukcje monistyczne: 1. albo zasada prymatu państwowego porządku prawnego, 2. albo zasada prymatu międzynarodowego porządku prawnego.

⁴⁶ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 406.

⁴⁷ Konstrukcja ta została najjaśniej rozwinięta przez *Triepla*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899 oraz *Anzilotti'ego* Il diritto internazionale nei giudizi interni, 1905. Na podobnym stanowisku stał *Rundstein*, Idea prawa narodów, 1917. Nieco odmienną metodę stosuje obecnie *Rundstein* w pracy: Diritto internazionale pubblico e filosofia del diritto (Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1933).

Prymat państwowego porządku prawnego uznajemy wówczas, gdy wychodzimy z założenia zwierzchnictwa państwowego, ściśle mówiąc zwierzchnictwa jednego państwa, naszego państwa. Prawo międzynarodowe będzie wówczas obowiązujące dla naszego państwa tylko pod warunkiem, że to prawo międzynarodowe a także inne państwa zostały przez nasze państwo „uznane”.

„Według swego znaczenia prawnologicznego „uznanie” prawa międzynarodowego przez państwo oznacza jedynie, że własny, tkwiący w konstytucji zwierzchniczy porządek prawny i państwowy odsyła dla pewnej dziedziny postępowania ludzkiego — mianowicie przy stosunku do innych państw — do norm znanych pod nazwą prawa międzynarodowego, podobnie jak przy poszczególnych zdaniach prawnych państwowego porządku prawnego widzimy odsyłanie do norm moralności i zwyczajów (dobra wiara, słuszność etc.). I podobnie jak takie odsyłanie czyli delegowanie może uczynić moralność lub jej normy poszczególne częścią składową porządku prawnego, tak samo prawo międzynarodowe staje się przez „uznanie” częścią składową własnego państwowego porządku prawnego, które w ten sposób zachowuje charakter porządku zwierzchniczego także w stosunku do prawa międzynarodowego.⁴⁸

Przy tej konstrukcji państwo zwierzchnicze staje ponad prawem międzynarodowym, które staje się jego prawem. W ten sposób prawo międzynarodowe staje się „zewnętrznym prawem państwowym”. Najjaskrawiej wyraził to Zorn w zdaniu: „Prawo międzynarodowe jest z punktu widzenia prawnego, prawem tylko jeżeli i o ile jest prawem państwowym.”⁴⁹

Również teoria Jellinka o samozobowiązaniu się państwa, jako podstawie mocy obowiązującej prawa międzynarodowego, jest w gruncie rzeczy uznaniem prymatu państwowego porządku prawnego i może, — jeżeli zechce być konsekwentną — uważać prawo międzynarodowe tylko za „zewnętrzne prawo państwowe”.⁵⁰

Prymat międzynarodowego porządku prawnego uważa Kelsen za drugą możliwą konstrukcją w sprawie stosunku prawa państwowego i prawa międzynarodowego. Ujęcie to suponuje istnienie porządku prawnego stojącego ponad państwami poszczególnymi. Pojedyncze państwa występują tu na tej samej płaszczyźnie prawnej, ponieważ są w równej mierze podporządkowane powszechnemu porządkowi prawnemu. Mogą więc być traktowane jako społeczności prawnie równorzędne, podczas gdy przy

⁴⁸ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, str. 153.

⁴⁹ Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts*, 2 wyd., 1903.

⁵⁰ Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880.

konstrukcji poprzedniej porządek prawny własnego państwa uznany był za porządek państwowo „najwyższy”.

„Skoro stwierdzamy obiektywną moc obowiązującą prawa międzynarodowego wobec poszczególnego państwa, stajemy na stanowisku prymatu prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe, które nie jest wolą państwa poszczególnego, ani nie zależy w swej mocy obowiązującej od woli poszczególnego państwa, nie może być oczywiście częścią składową państwowego porządku prawnego, nie może być zewnętrznym prawem państwowym. Jeżeli ma być wogóle jaki stosunek pomiędzy obydwoma systemami prawnymi, to państwowy porządek prawny musi stać się częścią składową prawa międzynarodowego.⁵¹

Kelsen zaznacza w książce powyższej, poświęconej zagadnieniu prawa międzynarodowego, że obydwie przedstawione konstrukcje prawnicze: prymat prawa państwowego i prymat prawa międzynarodowego, są możliwe. W swojej późniejszej pracy „Allgemeine Staatslehre” podkreśla Kelsen jeszcze wyraźniej, że z punktu widzenia teorii prawa pozytywnego obydwie hipotezy są równoważnościowe. Jest rzeczą niemożliwą dawać jednej z tych hipotez pierwszeństwo z motywów prawnych. Chodzi tu bowiem o pewne założenia teoretyczno-poznawcze, związane ze światopoglądem subiektywistycznym lub obiektywistycznym.⁵²

W swoich wykładach odbytych w 1926 r. w Akademii prawa międzynarodowego w Hadze Kelsen mówił: „Która z tych dwóch tez zasługuje na pierwszeństwo? Na pytanie to nie może być odpowiedzi ściśle prawniczej, tzn. opartej na argumentach prawa pozytywnego. Można tu decydować tylko przy uwzględnieniu elementów meta-prawnych: idei etycznych i politycznych”⁵³

Natomiast w swej najnowszej pracy „Reine Rechtslehre” Kelsen, za przykładem Verdrossa,⁵⁴ staje zdecydowanie na stanowisku prymatu prawa międzynarodowego. Prymat własnego państwowego porządku prawnego nie da się pogodzić z wyobrażeniem wielu równorzędnych państw. Prymat prawa państwowego jest

⁵¹ Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, str. 207.

⁵² Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, str. 128.

⁵³ Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Rec. des Cours de l'Acad. de droit intern., 1926).

⁵⁴ Verdross, Einheit des rechtlichen Weltbildes, 1923; Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle (Gesellschaft, Staat und Recht, 1931).

w ostatecznym rezultacie zaprzeczeniem zwierzchnictwa innych państw, a także zaprzeczeniem prawa międzynarodowego.

Zasada prymatu prawa międzynarodowego nie jest zdaniem Kelsena, bynajmniej osłabiona przez stawiany jej zarzut, że ustawy państwowe mogą być w sprzeczności z zawartymi umowami międzynarodowymi. Tak samo bowiem wewnątrz państwa ustawa może być sprzeczną z konstytucją, a mimo to zachowuje swoją moc obowiązującą aż do czasu jej zmiany w drodze przewidzianej przez konstytucję.

Kelsen sądzi, że poszczególne państwowe porządki prawne należy pojmować jako „delegację” prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe określa, kiedy nowa władza państwowa może być uznana za legalną np. zasada efektywności nowej władzy. Prawo międzynarodowe określa przestrzenny i czasowy zakres mocy obowiązującej poszczególnego państwowego porządku prawnego. Prawo międzynarodowe ogranicza także materialnie władzę państwową, gdyż nie może ona zmieniać norm uregulowanych przez umowę międzynarodową.⁵⁵

Przy tej konstrukcji poszczególne państwo należy pojmować, jako organ wspólnoty prawa międzynarodowego. Reprezentanci dwóch państw zawierających umowę nie powinni być uważani za wspólny organ dwóch państw, tylko za jednolity organ wspólnoty państw, utworzonej przez ogólne prawo międzynarodowe.

W tej jednolitej strukturze państwo poszczególne, jako istota prawna, jest zwolnione z tej absolutności, w której ją usztywnia dogmat zwierzchnictwa. Czysta teoria prawa relatywizuje państwo. Pojmuje je jako prawny stopień przejściowy i uzyskuje w ten sposób zrozumienie, że od wspólnoty prawa międzynarodowego, ogarniającej wszystkie państwa, do wspólnot prawnych włączonych w państwo prowadzi ciągle następstwo twórców prawnych stopniowo przechodzących nawzajem.⁵⁶

⁵⁵ Teorię „delegacji” Kelsena krytykuje *Morgenthau*, *La réalité des normes en particulier des normes du droit international*, 1934, str. 176.

⁵⁶ *Kelsen*, *Ilcine Rechtslehre*, 1934, str. 153. Zdaniem *Jaegera* zasługą Kelsena jest, że związał „zwierzchnictwo” z porządkiem obiektywnym, systemem abstrakcyjnym, a nie z władzą lub wolą (*Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, 1932, str. 166). *Mirkine-Guetzévitch* uważa, że można dojść do monizmu inną drogą: nie drogą internacjonalizmu i nie drogą pierwszeństwa prawa Międzynarodowego, ale przy pomocy metody historyczno-empirycznej, która prowadzi do zasady jedności prawa publicznego i która znajduje swój wyraz w noKrych konstytucjach powojennych (*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2 wyd., 1936, str. 52).

Część II.

ANALIZA KRYTYCZNA TEORII KELSENA

1. Założenia teorii prawnej Kelsena.

Jak z poprzednich rozważań wynika, zasadniczym założeniem teorii Kelsena jest przeciwstawienie świata bytu światu powinności i zaliczenie prawa wyłącznie do świata powinności (świata idealnego), tudzież nauk prawnych do nauk normatywnych, nie zajmujących się rzeczywistym bytem.

Powyższe założenia Kelsena są przedmiotem licznych krytyk w literaturze naukowej. Najdalej idzie *Znamierowski*, który wogóle sprzeciwia się odróżnieniu świata bytu od świata powinności.⁵⁷ *Lande* uważa, że Kelsen niesłusznie utożsamia idealność z powinnością.⁵⁸ *Kistiakowski* twierdzi, że kategorii powinności może być przeciwstawiana tylko kategoria konieczności.⁵⁹ *Menzel* sądzi, że powinność jest tylko szczególnym rodzajem bytu.⁶⁰ *Kaufmann* zaznacza, że przedmioty idealne są tylko abstrakcją przedmiotów empirycznych.⁶¹

Z drugiej strony zwolennicy Kelsena (*Merki*, *Rundstein*, *Verdross*, *Weyr*) akceptują zasadnicze założenia Kelsena z pewnymi zastrzeżeniami.

Dyskusje powyższe zawierają wiele słusznych spostrzeżeń, ale nie wydają mi się wystarczające. Sądzę, że w założeniach teorii Kelsena należy odróżnić dwie tezy o bardzo nierównej wartości naukowej, a mianowicie: 1. odróżnienie świata bytu od świata powinności, 2. zaliczenie prawa i nauk prawnych wyłącznie do świata powinności. Pierwsza teza jest prawdziwa. Druga teza jest wątpliwa.

Już popularna opinia mówi, że inna rzecz co jest, a inna rzecz, co być powinno. Rozwinięte w filozofii niemieckiej przez *Kanta*,⁶² *Simmla*,⁶³ *Windelbanda*⁶⁴ i *Rickerta*⁶⁵ pojęcia powinności, normatywności i wartości nie mogą być już dzisiaj mieszane z pojęciem bytu. Nie znaczy to ażeby pomiędzy pojęciem powinności

⁵⁷ *Znamierowski*, Podstawowe pojęcia teorii prawa, 1924, str. 141.

⁵⁸ *Lande*, Norma a zjawisko prawne (Czas. prawn. i ekon., 1925, str. 241).

⁵⁹ *Kistiakowski*, Socjalnyja nauki i prawo, 1916, str. 303.

⁶⁰ *Menzel*, Kelsens allgemeine Staatslehre und die Soziologie (Jahrbuch für Soziologie, 1926, str. 264).

⁶¹ *Kaufmann F.*, Methodenlehre der Sozialwissenschaften, 1936, str. 205

⁶² *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, 1788.

⁶³ *Simmel*, Einleitung in die Moralwissenschaft, 1892.

⁶⁴ *Windelband*, Normen und Naturgesetze (Präludien, 5 wyd. 1915).

⁶⁵ *Rickert*, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 5 wyd. 1929.

a pojęciem bytu nie mogło być żadnego związku, ponieważ wszelka powinność nastawiona jest przeważnie na realizację w bycie. Nie znaczy to również, ażeby pewna powinność nie mogła być jednocześnie bytem. Nie mniej jednak nie ulega wątpliwości, że punkt widzenia bytu jest odrębny od punktu widzenia powinności i niedostateczne odróżnianie tych dwóch kategorii myślenia jest często powodem dużego zamieszania pojęć w naukach społecznych.

Trudno natomiast zgodzić się ze sformułowaniem tego problemu przez Kelsena, który w swych „Hauptprobleme” mówi o „przeciwieństwie bytu i powinności”.⁶⁶ W jednej ze swych dalszych prac twierdzi Kelsen, że „powinność prawa i byt historyczno-społecznej rzeczywistości logicznie się wykluczają”.⁶⁷ Są to sformułowania zbyt skrajne. Gdyby byt i powinność były przeciwieństwem, to żadna powinność nie mogłaby być jednocześnie bytem. Norma „nie kradnij” nie mogłaby obowiązywać w społeczeństwie, które w rzeczywistości nie kradnie.

Jeżeli jednak pominiemy pewne skrajne sformułowania Kelsena, to musimy przyznać, że zasadnicza myśl przewodnia, polegająca na odróżnianiu świata bytu i świata powinności jest uzasadniona. Odróżnienie to jest nawet pod względem metodycznym konieczne, jeżeli mamy stosować w naukach prawnych metodę ścisłą, naukową.

Inaczej się przedstawia sprawa z drugą tezą Kelsena, że prawo i nauki prawne należą wyłącznie do dziedziny powinności, do dziedziny normatywnej, nie zajmującej się bytem rzeczywistym.

Powstaje przede wszystkim pytanie, czy Kelsen mówiąc o prawie i naukach prawnych ma na myśli prawo pozytywne czy też prawo naturalne, niezależne od sankcji państwowej?

Nie ulega wątpliwości, że Kelsen mówiąc o prawie i naukach prawnych ma na myśli jedynie prawo pozytywne. Nie poruszam na razie zagadnienia, czy zupełna negacja prawa naturalnego jest uzasadniona, chodzi mi jedynie o stwierdzenie, że zamiarem Kelsena było badanie prawa pozytywnego. W „Hauptprobleme” czytamy:

„Jeżeli zadaniem współczesnego prawoznawstwa nie jest przy czynowe wyjaśnienie tego, co faktycznie się odbywa, tylko uzyskanie norm, które postanawiają, co odbywać się powinno, to treść tych norm — a są to zdania prawne — nie może być czerpana, jak to czynili nauczyciele prawa naturalnego, z „rozumu”, z „natury rzeczy”, albo z jakiegokolwiek innej zasady pozaprawnej, a wyłącznie i jedynie z prawa pozytywnego. Ogólne prawo państwowe szkoły

⁶⁶ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 8.

⁶⁷ *Kelsen*, Das Problem der Souverenität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, str. 97.

prawa naturalnego należy odrzucić nie dlatego, że miało ono charakter normatywny, ale dlatego, że normy przez nie systematycznie rozwijane nie były normami prawa pozytywnego, a więc w ogóle żadnymi normami prawnymi, tylko normami moralności, religii i innych sił społecznych."⁶⁸

W „Reine Rechtslehre” mówi Kelsen, że „czysta nauka o prawie” jest teorią pozytywizmu prawnego.⁶⁹ Nie ulega zatem wątpliwości, że rozważania Kelsena odnoszą się, według intencji autora, do prawa pozytywnego, a nie do prawa naturalnego.

Wobec tego powstaje pytanie, jaka jest różnica pomiędzy prawem pozytywnym a prawem naturalnym? Co stanowi to *signum specificum*, tę cechę charakterystyczną odróżniającą prawo pozytywne od prawa naturalnego?

Ażeby należycie odpowiedzieć na to pytanie, musimy zastanowić się nad tym, co znaczy wyraz „pozytywny”?

U Lalande'a czytamy: „Nazwę pozytywizmu dają doktrynom, które nawiązują do Augusta Comte'a lub są mu podobne, niekiedy nawet w sposób dość odległy, a które mają za tezę wspólną, że produkcyjną jest tylko znajomość faktów; że typ pewności jest dostarczony przez nauki doświadczalne; że umysł ludzki zarówno w filozofii, jak w nauce, może uniknąć werbalizmu lub błędu tylko pod warunkiem stałego trzymania się w kontakcie z doświadczeniem i rezygnacji z wszelkiego *a priori*”.⁷⁰

U Ranzoli'ego czytamy: „Pozytywizm może być uważany za synonim filozofii naukowej czyli doświadczalnej, za synonim doświadczenia i — w sensie szerokim a nie tylko teorio-poznawczym — empiryzmu”.⁷¹

Jeżeli w ten sposób „pozytywność” oznacza związek z rzeczywistością, z faktami, to przez „prawo pozytywne” także należy rozumieć prawo związane z rzeczywistością, z faktami. Dlatego właśnie prawo pozytywne nazywane bywa niekiedy prawem faktycznie obowiązującym lub prawem przymusowo obowiązującym albo też prawem uznanym za obowiązujące przez faktyczną władzę państwową. Podczas gdy prawo naturalne jest systemem rozumowym tworzonym przez myślicieli zgodnie z ich światopoglądem wzgl. prawem intuicyjnym,⁷² to prawo pozytywne jest z konieczności związane z pewną władzą, nie rozumową ale rzeczywistą, faktyczną.

⁶⁸ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, str. 6.

⁶⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 38.

⁷⁰ Lalande, *Vocabulaire de la philosophie*, 1926, str. 599.

⁷¹ Ranzoli, *Dizionario di scienze filosofiche*, 3 wyd., 1926, str. 843.

⁷² Teorię prawa intuicyjnego rozwinął ciekawie *Petrażycki*, *Teoria prawa i gospodarstwa*, 1907, str. 478.

Gdyby prawo pozytywne nie związane było ściśle z rzeczywistością, z faktami, to niemożliwą byłaby historia prawa, która nie jest historią rozumowań prawniczych, ale historią faktów prawnych, ściślej mówiąc, historią norm prawnych związanych z rzeczywistością społeczną.⁷³

Gdyby prawo pozytywne nie było związane ściśle z rzeczywistością społeczną, to niemożliwym byłoby prawo zwyczajowe, które polega przecież na faktycznym postępowaniu ludzi w pewien sposób, połączonym z opinio iuris. Związek prawa z faktami występuje przy prawie zwyczajowym ze szczególną wyrazistością.

Łączność prawa z rzeczywistością społeczną bywa nieraz wyraźnie zaznaczana w orzecznictwie sądowym. Pouczającym pod tym względem jest wyrok Sądu Najwyższego w sprawie obrazu Hitlera przez śląski dziennik „Polonia”. Czytamy tam:

„Niezasadny jest zarzut kasacji (czyli oskarżonego), jakoby Wodzowi i Kanclerzowi Rzeszy Adolfowi Hitlerowi nie przysługiwała szczególna ochrona prawna, z której korzystają na zasadzie art. III kk. naczelnicy obcych państw. Okoliczność, czy tryb wydania ustawy z dnia 2 sierpnia 1934 r. przenoszącej uprawnienia dotychczasowego Prezydenta Rzeszy na „Wodza i Kanclerza Adolfa Hitlera” był zgodny z przewidzianym w art. 76 Konstytucji Weimarskiej, obowiązującej w Niemczech i w chwili obecnej, jest najzupełniej obojętne z punktu widzenia oceny przysługujących mu uprawnień, a w tej liczbie i korzystania w Państwie Polskim z ochrony przewidzianej w art. 111 kk. Kanclerz Rzeszy zarówno *de facto*, jak i *de iure* uznany jest przez Państwo Polskie za głowę Rzeszy Niemieckiej, czego wyrazem między innymi jest, że posiada on w Polsce uwierzytelnionego przedstawiciela w osobie ambasadora niemieckiego, zarówno jak i ambasador polski akredytowany jest w Niemczech, zasadność zaś podstaw prawnych, na których uznanie to się opiera, nie może być przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który nie jest uprawniony do badania ważności wydanych ustaw polskich, czy też zagranicznych, pod kątem widzenia formalnej zgodności trybu wydania ich z konstytucją kraju, w którym zostały one wydane.”⁷⁴

⁷³ *Kelsen* we wstępie do swych „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre” mówi, że historia prawa należy do nauk historycznych czyli nauk kauzalnych i jest bardziej pokrewną naukom przyrodniczym i psychologii, aniżeli naukom prawnym. Jednakże niemożliwość traktowania historii metodą przyrodniczą była wykazana jeszcze przez *Rickerta*, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 1896.

⁷⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 1936 r. (Nr 3 k. 682/36).

Wyrok powyższy jest charakterystycznym dla orzecznictwa sądowego przykładem uwzględniania w wyrokach nie tylko momentów formalnych, ale także momentów faktycznych.

Jeżeli Kelsen zalicza prawo wyłącznie do dziedziny normatywnej, niezależnej od faktów, a równocześnie podkreśla, że chodzi mu o prawo pozytywne, to ujęcie takie możliwe jest tylko na tle odmiennego pojmowania wyrazu „pozytywny” przez Kelsena.

Istotnie w „Reine Rechtslehre” Kelsen twierdzi, że prawo pozytywne to znaczy prawo stanowione. „W tej konieczności bytu stanowionego i tkwiącej w tym niezależności mocy obowiązującej prawa od moralności i pokrewnych systemów normatywnych leży pozytywność prawa; w tym leży istotna różnica pomiędzy prawem pozytywnym, a tak zwanem prawem naturalnym”⁷⁵.

Powyższe zdanie Kelsena jest mało zrozumiałe. Prawo stanowione może oznaczać jedynie prawo przez kogoś ustanowione. Samo więc „stanowienie” nie może tworzyć cechy prawa pozytywnego, skoro stanowione mogą być również normy prawa naturalnego. Np. związki religijne, kościoły stanowią całe systemy moralności, jak również systemy prawa naturalnego. W swoim „Das Problem der Souveränität” wypowiada się Kelsen nieco jaśniej:

„Pozytywną, to znaczy dosłownie stanowioną, jest szczególna norma prawna, o ile stanowiona jest w systemie określonego porządku prawnego opartego jednolicie na prawniczej hipotezie normy podstawowej”⁷⁶.

A więc uzasadnieniem pozytywności prawa jest prawnicza hipoteza normy podstawowej. Trudno się z tym ujęciem zgodzić, ponieważ używa ono wyrazu „pozytywność” w znaczeniu zgoła odmiennym od tego, które jest przyjęte w nauce. Hipoteza prawnicza normy podstawowej jest konstrukcją teoretyczną, a więc nie może zapewnić prawu „pozytywności”, która — jak wyjaśniałem wyżej — może leżeć jedynie w momencie „faktyczności”. Przecież systemy prawa naturalnego także opierają się zwykle na normie podstawowej, np. system Grotiusa opiera się na normie podstawowej: *pacta sunt servanda*,⁷⁷ a jednak nie mogą być zaliczane do prawa pozytywnego.⁷⁸

⁷⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, Str. 64.

⁷⁶ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, sto. 93.

⁷⁷ Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1625.

⁷⁸ To też niesłusznie *Waline* zalicza Kelsena do najwybitniejszych pozytywistów jakkolwiek pewien związek z pozytywizmem teoria Kelsena posiada (*Waline*, *Positivismes philosophique, juridique et sociologique*, *Mélanges Carré de Melberg*, 1933, str. 524). Słusznie natomiast podkreśla *Voegelin* metafizykę pozytywistyczną Kelsena, niezupełnie harmonizującą z jego teorią prawną (*Voegelin*, *Der autoritäre Staat*, 1936, str. 113).

Z powyższych uwag wynika, że zasadnicze założenie teorii Kelsena, polegające na tym, że prawo i nauki prawne należą wyłącznie do dziedziny normatywnej, jest trudne do utrzymania. To wątpliwe założenie pociągnie za sobą — jak to dalej zobaczymy — także wnioski wątpliwe.

2. Zdanie prawne.

Jedną z zasadniczych tez Kelsena jest konstrukcja zdania prawnego, które z pewnym określonym warunkiem łączy akt przymusu, jako następstwo. Kto kradnie, ten powinien być ukarany. Kto nie oddaje długu, ten powinien podlegać egzekucji. Zdanie prawne jest według Kelsena podstawowym elementem nauk prawnych, ponieważ wszystkie konkretne przepisy prawne mogą być naukowo ujęte w formę zdania prawnego, które stanowi właściwą istotę normy prawnej.

Kelsen przywiązywał wielką wagę do swojej konstrukcji zdania prawnego. Główne swe dzieło zatytułował Kelsen: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze”. Zasadnicza treść i zasadnicza myśl przewodnia tego dzieła poświęcona jest zagadnieniu zdania prawnego. We wstępie do tego dzieła czytamy:

„Przyjęty system podstawowy polega na tym, że zdanie prawne zostało uznane za centralne pojęcie konstrukcji prawniczej i że szczególne sformułowanie tego pojęcia umożliwi rozwiązanie szeregu problemów specjalnych. Na tym polega myśl przewodnia.”⁷⁹

A jednak — rzecz charakterystyczna — w olbrzymiej literaturze kelsenowskiej teoria zdania prawnego znalazła bardzo mało odgłosu. Podczas gdy inne teorie Kelsena, jak oddzielenie prawa od bytu, utożsamianie państwa i prawa, stopniowa budowa prawa, prymat prawa międzynarodowego wywołały bardzo obszerną literaturę w licznych językach, to o teorii zdania prawnego mówi się stonkownie niewiele. Co więcej, sam Kelsen w swoich dalszych pracach nie zajmował się rozwinięciem teorii zdania prawnego wzgl. jej zastosowaniem do nowych problemów.

Fakty te świadczą o małej żywotności teorii zdania prawnego. Istotnie jest to teoria sztuczna i mało pomocna przy rozwiązywaniu zasadniczych problemów.

Pierwszą wadą tej teorii jest to, że jest zbyt skomplikowana, co jest sprzeczne z metodologiczną zasadą jasności pojęć stosowanych. Kelsen pisze w „Hauptprobleme” w sposób następujący:

⁷⁹ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, wstęp. Nieślusnie twierdzi *Jöckei*, że teoria prawa nie tworzy pojęć, tylko je przejmuje od ustawodawcy (Hans Kelsens *rechtstheoretische Methode*, 1930, str. 193).

„Te zdania prawne, które zawierają wolę państwa do karania lub egzekwowania, słowem postanawiają skutek bezprawia, określają nie tylko obowiązek państwa karania lub egzekwowania, ale także obowiązek prawny pozostałych podmiotów, ich obowiązek prawny takiego postępowania, które stoi w przeciwieństwie kontradyktoryjnym do postępowania oznaczonego w zdaniu prawnym jako przesłanka skutku bezprawia i przy zajściu którego skutek bezprawia nie następuje. Normy te stanowią zdania prawne w ściślejszym znaczeniu, określają one także obowiązki prawne poddanych, ale w pierwszej linii obowiązki państwa, ponieważ mają za treść wolę państwa do własnego postępowania”.⁸⁰

Wola państwa do własnego postępowania jako treść obowiązków państwa! Czy konstrukcja ta może uważaną być za jasną i przejrzystą? I czy określenie obowiązków obywateli w sposób okrężny i negatywny jest produkcyjniejsze, aniżeli określanie ich w sposób pozytywny, przyjęty w nauce dotychczasowej w teorii imperatywnej?⁸¹

Drugą wadą kelsenowskiej teorii zdania prawnego jest to, że nie może ona być zastosowaną do wszystkich działów prawa. Najłatwiej daje się zastosować w prawie karnym, ponieważ kodeksy karne są zwykle ujęte w formie analogicznej. Trudniej już zastosować ją w prawie prywatnym, które zna także *leges imperfectae*. Największe jednak trudności powstają w prawie publicznym, zwłaszcza konstytucyjnym i międzynarodowym.

Np. polska konstytucja marcowa w art. 10 głosiła, że „wnioski i projekty ustaw, pociągające za sobą wydatki ze Skarbu Państwa, muszą podawać sposób ich zużycia i pokrycia”. Wiadomo, że przepis ten był niejednokrotnie naruszany, jakkolwiek nie mogła się z tym wiązać żadna kara ani egzekucja. W jaki więc sposób odnośny przepis konstytucyjny mógłby być ubrany w formę kelsenowskiego zdania prawnego?

Art. 49 polskiej konstytucji kwietniowej mówi, że żaden akt ustawodawczy nie może stać w sprzeczności z konstytucją. W razie naruszenia tego przepisu, jaka kara lub egzekucja byłaby możliwa?

⁸⁰ Kelsen, *Idem*, 1911, str. 251.

⁸¹ Słusznie mówi *Bierling*: „Wola państwa, znajdująca swój wyraz w zdaniach, które winny być traktowane przez organy państwowe, jako obowiązujące reguły ich postępowania, i które nigdy nie powinny być badane z punktu widzenia ich słuszności, a tylko czy rzeczywiście wyrażają wolę państwa — cóż to jest innego jak nakaz państwa skierowany do organów państwowych?” (*Juristische Prinzipienlehre*, tom V, str. 155). *Lande* twierdzi, że Kelsen sam zdyskwalifikował sankcję jako cechę prawa, ponieważ normy prawne, tworzące obowiązki państwa, nie są związane z sankcją (Norma a zjawisko prawne, *Czasop. prawn. i ekon.*, 1925, str. 317).

W jaki sposób wobec tego powyższy przepis konstytucji mógłby być ubrany w formę kelsenowskiego zdania prawnego?

To samo widzimy w prawie międzynarodowym. Niemcy naruszyły cały szereg przepisów Traktatu Wersalskiego i z tym naruszeniem nie wiązała się żadna kara, ani egzekucja. Jaki więc sens miałyby ubieranie przepisów prawa międzynarodowego w formę kelsenowskiego zdania prawnego, skoro prawo międzynarodowe nie posiada sankcji zorganizowanej? A przecież Kelsen stoi na stanowisku uznawania prawa międzynarodowego, a nawet głosi prymat prawa międzynarodowego, którego państwo jest tylko organem.

Trzecią wadą teorii zdania prawnego jest to, że opiera się ono na wątpliwym założeniu, że norma prawna jest tylko tam, gdzie jest przymus i sąd. Kelsen mówi wyraźnie, że nie ma prawa bez sądu. Prawnymi normami są tylko te, które są stosowane przez sądy. To samo odnosi się do prawa zwyczajowego.

Tymczasem jest rzeczą znaną, że istnieją normy prawne nie związane z przymusem i z sądami. Rzadziej na terenie prawa prywatnego. Częściej na terenie prawa publicznego. Należą tu przede wszystkim obowiązki prawne monarchy.

Kelsen odpowiada na to, że stanowisko monarchy konstytucyjnego leży nie tyle wewnątrz organizmu państwowego, co nazewnątrz niego. Jest ono tylko częściowo państwowym, a w znacznej części pozapaństwowym.

„Wyrażona w Konstytucji nieodpowiedzialność monarchy jest tylko deklaracją faktu, że nie ma w Konstytucji żadnego zdania prawnego, które zobowiązałoby monarchę do tego postępowania, które przedstawia jego udział w egzekutywie państwowej. Terminy zawarte w tekście ustawy, jak „monarcha winien” lub „monarcha musi”, są prawnie zupełnie bez znaczenia w obliczu faktu, że porządek prawny nie przewiduje skutku bezprawia na wypadek postępowania sprzecznego z tym, co oznaczone było jako „powinność” lub „mus”. Jeżeli więc w ustawodawstwie i literaturze mówi się o „obowiązках” monarchy, to przez to mogą być rozumiane jedynie obowiązki moralne lub polityczne, a nigdy obowiązki prawne”.⁸²

Wynikałoby z tego, że także w polskiej Konstytucji Prezydent nie ma żadnych obowiązków prawnych, ponieważ korzysta z nieodpowiedzialności. Trudno powiedzieć, ażeby ujęcie takie upraszczało rozumienie i wykładnię Konstytucji polskiej.

Również co do aktów legislatywy Kelsen twierdzi, że tam gdzie sądy nie mają prawa badania ważności ustaw, akty te nie nadają się do kwalifikacji prawnej i właśnie dlatego nie mogą być uważane za bezprawie.

⁸² *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 687.

Powstaje wobec tego wątpliwość, czy konsekwentnym jest uzasadnienie prymatu prawa międzynarodowego przez Kelsena w jego „Die Lehre von der Souveränität”, skoro prawo międzynarodowe także nie ma sądów przymusowych?

Z powyższych wywodów wynika, że kelsenowska teoria zdania prawnego nie tylko jest sztuczna, ale także niewystarczająca dla nauk prawnych, ponieważ w niektórych działach prawnych jest niemożliwa do zastosowania. Jest to teoria „kulejąca”, używając terminologii Petrażyckiego.⁸³

Argumenty Kelsena skierowane przeciw przyjętej w naukach prawnych teorii imperatywnej nie są przekonywujące.

Pierwszy argument Kelsena polega na tym, że w etyce i prawnoustwieniu wola może być pojmowana tylko jako wola wolna w znaczeniu indeterminizmu. Wobec tego wola jednego człowieka nie może być zależna od woli drugiego człowieka. Trudno jednak zgodzić się z takim pojmowaniem wolnej woli, ponieważ przekreślałoby ono wszelką celowość norm prawnych. Gdyby wola jednego człowieka nie mogła być zależna od woli drugiego człowieka, to tworzenie norm prawnych nie miałoby żadnego celu. Dlatego wolność woli w prawie nie może być rozumiana w znaczeniu zupełnej niezależności od motywów tworzonych przez prawodawcę, tylko w znaczeniu odmiennego charakteru tej zależności, odmiennego od przyrodniczej konieczności przyczynowej.⁸⁴

Drugi argument Kelsena sprowadza się do rozumowania, że nakaz człowieka może wpłynąć na postępowanie innego człowieka tylko wówczas, gdy ten drugi człowiek będzie widział w tym swój interes. Odpowiedź na ten zarzut wydaje się łatwa, ponieważ nakazy prawne są zwykle połączone z sankcjami. Na to jednak Kelsen odpowiada:

„Sankcja, którą musi zawierać zdanie prawne ze względu na swój cel, aby spowodować podmioty prawa (z wyjątkiem samego państwa) do określonego postępowania, a która polega zgodnie z doświadczeniem na karze lub egzekucji, oznacza działalność państwa. To własne działanie państwa jest właśnie tym, czego państwo „chce” w zdaniu prawnym, które zamierza spowodować odpowiednie zachowanie się obywateli, nie zaś to obce państwu postępowanie pozostałych podmiotów, które jako cel zdania prawnego można z państwem tylko pośrednio związać. To postępowanie przedstawia

⁸³ Petrażycki, Wwiedzenie w izuczenie prawa i nrastwiennosti, 1905.

⁸⁴ Zagadnienie wolności woli jest ciągle zagadnieniem spornym w filozofii (Por. *Windelband*, Über Willensfreiheit, 4 wyd. 1923. *Tegen*, Moderne Willens-theorien, 1924. *Croce*, Filosofia della pratica, 3 wyd. 1922).

się jako negatyw tego stanu faktycznego, z którym zdanie prawne wiąże karę lub egzekucję".⁸⁵

A więc postępowanie obywateli nie może być celem państwa, tylko celem zdania prawnego, jakkolwiek prawo, jak to w innych miejscach zaznacza Kelsen jest wolą państwa? Konstrukcja taka nie jest ani jasna, ani konsekwentna.⁸⁶ Sądzę, że o wiele produkcyjniejszą naukowo jest tradycyjna teoria imperatywna, która pojmuje prawo jako nakazy lub zakazy, związane z władzą państwową (wzgl. normy prawa zwyczajowego).

Dochodzimy zatem do wniosku, że jedna z zasadniczych tez Kelsena, polegająca na specyficznym sformułowaniu zdania prawnego jest nieprodukcyjna i trudna do utrzymania, jakkolwiek autor wykazał w swych rozważaniach wiele finiezi logicznej.

3. Państwo i prawo.

Do zasadniczych i najbardziej znanych tez Kelsena należy twierdzenie, że państwo i prawo to jedno, oraz drugie twierdzenie, że państwo nie może być badane z punktu widzenia społecznego (wbrew teorii Jellinka).⁸⁷

Zajmijmy się najpierw pierwszą tezą. Kelsen występuje przeciw tradycyjnemu dualizmowi państwa i prawa i twierdzi, że państwo w swej istocie jest systemem norm. Każde państwo jest tylko porządkiem prawnym. Nie może więc być uważane za jakiś byt rzeczowy. Państwo jest tylko myślą porządkującą.⁸⁸

Powyższa teza Kelsena wywołała w literaturze naukowej liczne krytyki. Krytyki te jednak przeważnie są mało pogłębione i ograniczają się do stwierdzenia, że Kelsen pozbawia państwo bytu rzeczywistego i tworzy fikcję prawną.

Sądzę, że obiektywna analiza krytyczna poglądów Kelsena na państwo wymaga rozważenia, czy pojmowanie państwa jako systemu norm jest konsekwentnym wynikiem założeń Kelsena i czy założenia związane z tym pojmowaniem są jasne, tudzież czy dadzą się utrzymać?

⁸⁵ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 205.

⁸⁶ Jest rzeczą charakterystyczną, że *Kelsen* sam niekiedy operuje pojęciem „celu państwa” (w zwykłym tego słowa znaczeniu), którego teoretycznie nie uznaje. „Wielka część tego, co nazywają zwykle administracją państwową, nie różni się w ogóle funkcyjnie od tego, co nazywają sądownictwem lub wymiarem sprawiedliwości, o ile cel państwa może być przez aparat administracyjny technicznie w podobny sposób osiągnięty, jak przez sądy”. (*Reine Rechtslehre*, 1934, str. 80).

⁸⁷ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3 wyd., 1914.

⁸⁸ *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, str. 91.

Kelsen głosi, że państwo jest systemem norm. Wobec tego powstaje pytanie: jakich norm? Otrzymujemy odpowiedź, że chodzi tu o system norm, wynikający z normy podstawowej. W ten sposób wracamy znowu do normy podstawowej, stanowiącej punkt oparcia, a jednocześnie piętę Achillesową całej teorii Kelsena.

Cóż to jest norma podstawowa? Czy jest to konstrukcja normatywna nie licząca się z rzeczywistością faktyczną? Czy też pojęcie uzależnione w swej treści od rzeczywistości społecznej?

Kelsen w zasadzie stoi na pierwszym stanowisku. Twierdzi on, że stosunek do bytu jest dla istoty myśli państwowej bez znaczenia. Dopiero norma podstawowa tworzy autorytet, który jest upoważniony do wydawania norm.

„Porządek państwowy oznaczany mianem państwa nie znajduje bynajmniej podstawy swojej mocy obowiązującej w rzeczywistości woli i działań, które ma za swą treść. Pytanie dotyczące podstawy mocy obowiązującej zwierzchniczego porządku przymusowego, podstawy bytu państwa, prowadzi do najwyższej, jako obowiązującej założonej normy, która jako norma podstawowa przedstawia ostatnie źródło tego konkretnego, indywidualnie określonego systemu norm, które oznaczamy historycznie utworzonym mianem wspólnoty państwowej. Cechą charakterystyczną tej normy podstawowej jest, że ustanawia ona najwyższy autorytet, który przez to staje się upoważniony do wydawania norm.”⁸⁹

W innej pracy Kelsen mówi, że norma podstawowa jest normą hipotetyczną, normą nie tyle stanowioną, co założoną, tworzącą jedność norm stanowionych. Przy tym dodaje Kelsen, że poza tę normę podstawową dalej nie można pytać zgodnie z założeniem.⁹⁰

Przy takim ujęciu normy podstawowej, niezależnej od rzeczywistości społecznej, można się zapytać, jaka jest różnica pomiędzy systemem prawnym Kelsena, a systemami prawa naturalnego?

Kelsen odpowiada na to w sposób następujący: „Teoria prawa naturalnego utrzymuje apodyktycznie (absolutnie) i materialnie, że ludzie ułożyli się, iż jedni rozkazują, a inni powinni słuchać. Ponieważ na miejsce czystej, tylko założonej, a nie jako stan faktyczny ustanowionej normy wybiera się tu stan faktyczny, jako podstawa, — to co tylko jest supozycją hipotetyczną, uzasadniającą jedność

⁸⁹ Kelsen, Idem, str. 94. W pracy swej „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” Kelsen posuwa się nawet do twierdzenia, że powinność prawa i byt historyczno-społecznej rzeczywistości logicznie wykluczają się wzajemnie (str. 97).

⁹⁰ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, str. 104. Konstrukcja Kelsena normy hipotetycznej zdradza wyraźny wpływ filozofii *Vaihingera* (Die Philosophie des Als Ob, 1911).

porządku prawnego i państwowego, uważa się tu niewłaściwie za fakt historyczny i przez taką fikcję zatracą się jego podstawowe immanentne znaczenie".⁹¹

Powyższe rozumowanie jednak zapomina, że nie wszystkie systemy prawa naturalnego przyjmują za punkt wyjścia fakt układu społecznego. Nawet w szkole umowy społecznej niektórzy pisarze podkreślają wyraźnie, że nie chodzi im o rozważania historyczne. Rousseau na początku swego „Contrat social” pisze:

„Człowiek urodził się wolnym, a wszędzie jest w okowach. Jak się ta zmiana dokonała? Nie wiem. Co mogłoby ją ulegitymować? To pytanie, jak sądzę, jestem w stanie rozstrzygnąć”.⁹²

Również w niehistoryczny sposób pojmuje umowę społeczną Kant, który pisze:

„Akt, przez który naród konstytuuje się jako państwo, a właściwie tylko idea tego aktu, według której prawność państwa winna być pomyślana, stanowi umowa pierwotna, na zasadzie której wszyscy w narodzie zrzekają się wolności zewnętrznej, ażeby ją znowu uzyskać, jako członkowie wspólnego społeczeństwa, to znaczy narodu rozważanego jako państwo”.⁹³

Zważyć także należy, że obok szkoły umowy społecznej istnieją inne kierunki, inne teorie prawa naturalnego, które opierają się na pewnych założeniach podstawowych, a nie mają nic wspólnego z rozważaniami historycznymi.

Pozostaje więc otwartym pytanie, czym się różni teoria Kelsena od szkoły prawa naturalnego?

Różnica ta nie polega na historycznym i logicznym punkcie widzenia, jak sądzi Kelsen. Różnica ta tkwi gdzie indziej. Polega ona na podkreślanej często przez Kelsena tendencji do możliwej efektywności norm prawnych, wchodzących w skład systemu normatywnego, opartego na normie podstawowej.

Już w swoim „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff” zaznaczał Kelsen, że porządek państwowy nie tylko musi być oparty na normie podstawowej, ale także musi być w pewnym stopniu skuteczny.

„Należy przede wszystkim stwierdzić fakt niezaprzeczalny, że porządek prawny tylko wówczas może być założony jako obowiązujący, jeżeli ten porządek — ściślej mówiąc fakt, że jest on wyobrażony przez ludzi — jest także skuteczny. Przy tym nie zakładamy ze wszyscy ludzie, dla których porządek państwowy pretenduje do

⁹¹ Kelsen, Idem, str. 251.

⁹² Rousseau, Contrat social, 1762, rozdz. 1. Pisałem o tym obszerniej w mej pracy „Filozofia społeczna J. J. Rousseau'a, 2 wyd., 1921. str. 216.

⁹³ Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, par. 47.

mocy obowiązującej, ulegają motywacji odpowiednio do treści tego porządku, to znaczy postępują zgodnie z porządkiem, bo wystarcza już pewien, oczywiście nie dający się dokładnie określić, stopień skuteczności."⁹⁴

Nie wchodzę na razie w kwestię, czy konsekwentnym ze strony Kelsena jest nazywanie „faktem niezaprzeczalnym” mocy obowiązującej porządku prawnego, skoro według Kelsena fakt i powinność, dziedzina bytu i dziedzina normatywna, są przeciwstawne. Chodzi mi jedynie o podkreślenie, że Kelsen nie chciałby swego systemu normatywnego porządku prawnego oddalać zbytnio od tego, co nazywamy zwykle prawem pozytywnym.

W swojej „Allgemeine Staatslehre” powiada Kelsen: „Prawu pozytywnemu jako rzeczywistości prawnej przeciwstawia się bezbronne prawo naturalne”.⁹⁵

Otóż znowu nie wchodząc w to, czy konsekwentnym z punktu widzenia założeń Kelsena jest nazywanie prawa rzeczywistością, musimy stwierdzić, że Kelsen zmierza do tego, ażeby nie oddalać zbytnio prawa od rzeczywistości w znaczeniu efektywności działania norm prawnych.

W swoim „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts” zaznacza Kelsen, że należy wybierać normę podstawową w ten sposób, ażeby wynikający z niej dedukcyjnie porządek prawny znajdował się w możliwie wielkiej zgodności z faktycznym postępowaniem ludzi, których działania stanowią treść porządku prawnego.⁹⁶

W pracy swej „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” twierdzi Kelsen, że pozytywizm odrzuca zdecydowanie specyficzny punkt widzenia prawa naturalnego, jakoby nauka prawa była źródłem prawa.⁹⁷

Słowem Kelsen dąży do takiego systemu normatywnego opartego na normie podstawowej, któryby nie odbiegał zbytnio od rzeczywistości.⁹⁸

Stanowisko takie jednak wzbudza poważne wątpliwości, jeżeli weźmiemy pod uwagę założenia Kelsena. Jeżeli — jak to twierdził Kelsen — stosunek do bytu jest dla myśli państwowej bez znaczenia, jeżeli norma podstawowa jest normą hipotetyczną nie zwią-

⁹⁴ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, str. 93.

⁹⁵ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, str. 251

⁹⁶ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, str. 241.

⁹⁷ Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, str. 70.

⁹⁸ *Lauterpacht* zarzuca nawet Kelsenowi zbytni pozytywizm (Kelsen's pure science of law, *Modern Theories of Law*, 1933).

zań z rzeczywistością, to dłaczego system normatywny oparty na normie podstawowej nie powinien zbyt odchodzić od rzeczywistości? Widzimy tu niekonsekwencję tym bardziej uderzającą, że w konstrukcji logicznej Kelsena konsekwencja odgrywa szczególnie wielką rolę. Kelsen chce uniezależnić prawo od rzeczywistości, a jednocześnie zbliżyć do rzeczywistości. Chce w zasadzie stać na stanowisku normatywnym, ale nie oddalać się zbyt od stanowiska empirycznego. Można by powiedzieć, że system prawny Kelsena wisi w środku pomiędzy prawem pozytywnym, a prawem naturalnym, nie będąc ani jednym, ani drugim. Jeden z prawników nazwał go „logicznym prawem naturalnym”.⁹⁹

To niezdecydowanie Kelsena powoduje, że jego norma podstawowa, stanowiąca podstawę całego systemu prawnego, ma charakter mglisty i nieokreślony. Kelsen twierdzi, że norma podstawowa jest normą hipotetyczną. Ponieważ jednak tworzenie hipotez jest pracą umysłową jednostek i ma charakter subiektywny, przeto norma podstawowa ma również charakter subiektywny. Ten bardziej, że — jak to twierdzi Kelsen — poza normę podstawową nie można dalej pytać. Wprawdzie Kelsen doradza wybieranie takiej normy podstawowej, której konsekwencje pokrywają się z faktycznym postępowaniem większości ludzi, jednakże takie ujęcie nie precyzuje dokładnie normy podstawowej i nie odbiera jej charakteru subiektywnego.

Należy bowiem zważyć, że pojęcie „postępowania większości ludzi” jest bardzo mgliste i nieokreślone. Powstaje odrazu pytanie: jakich ludzi? Czy ludzi w ogóle? Czy tylko pewnych ludzi, a w takim razie jakich? Ograniczenie ludzi do pewnego terytorium państwowego jest dlatego trudne, że zgodnie z założeniem Kelsena państwo nie jest zjawiskiem faktycznym i dopiero norma podstawowa państwo tworzy, a przestrzeń nie jest istotnym elementem państwa.¹⁰⁰

Należy dalej zważyć, że pojęcie „postępowania” zawiera w sobie element działań faktycznych i element norm, jako kryterium oceny tych działań. Powstaje więc pytanie: jakich norm? Czy wszystkich norm danego państwa? Czy mamy do „norm” stosować

⁹⁹ *Jockel*, Hans Kelsen rechtstheoretische Methode, 1930, str. 88. Słusznie zaznacza *Krabbe*: Fakt, że jedna norma z drugiej wynika, nie rozstrzyga o jej mocy obowiązującej, ponieważ logika może tworzyć decyzje tylko wewnątrz swego terenu (*Moderne Staatsidee*, 2 wyd., 1919, str. 96). Niekonsekwencje wewnętrzne systemu Kelsena analizuje subtelnie *Martyniak*, *Le problème de l'unité des fondements de la théorie de droit de Kelsen* (*Archives de philosophie de droit*, 1937).

¹⁰⁰ Por. *Mycielski*, O przestrzennych granicach państwa w świetle krytyki Kelsena, 1933.

tak samo kryterium ilościowe tylko, jak do „ludzi”? I czy takie statystyczne obliczenia w zakresie norm są możliwe i celowe? Sądzić należy, że samo pojęcie „normy podstawowej” już świadczy o nierównym znaczeniu norm i o tym, że punkt widzenia ilościowy jest na tym terenie niewskazany.

Weźmy np. teren Indyj angielskich, gdzie cały szereg przepisów angielskich wkraczających w dziedzinę obyczajową nie jest przez społeczeństwo hinduskie przestrzegany. Wyobraźmy sobie dla uproszczenia, że statystycznie biorąc większość przepisów angielskich mniejszej wagi nie jest przez ludność miejscową realizowana. Czy jednak wynika stąd, że Indie nie należą do Imperium Brytyjskiego? I czy można zapominać, że przy normach prawnych chodzi nie tylko o ich ilość, ale także o wagę i znaczenie z punktu widzenia porządku publicznego.

Wynika stąd, że Kelsenowskie pojęcie „postępowania większości ludzi” jest pojęciem naukowo niesprecyzowanym i metodycznie nieprodukcyjnym. Nie może ono tworzyć jednolitej podstawy dla obiektywnego znalezienia normy podstawowej. Nie może więc być trwałym oparciem dla budowy pojęć prawnych i państwowych.

Charakter subiektywny normy podstawowej uwydatnia się nawet w sformułowaniach poszczególnych przedstawicieli szkoły wiedeńskiej. Dla jednych norma podstawowa jest tylko hipotezą, teoretyczno-poznawczym środkiem pomocniczym (Kelsen), dla innych ma taki sam charakter obiektywny, jak wynikające z niej normy pozytywne (Merkl), dla innych wreszcie ma charakter absolutny, etyczno-metafizyczny.¹⁰¹

Ta właśnie dowolność, ten subiektywizm normy podstawowej stanowi piętę Achillesową całej konstrukcji Kelsena. Jeżeli bowiem norma podstawowa nosi charakter subiektywny, to także subiektywnym staje się system norm prawnych, opartych na normie podstawowej. Zależnie od wyboru takiej czy innej normy podstawowej

¹⁰¹ Jeden z wybitnych reprezentantów szkoły wiedeńskiej *Verdross* ma poważne wątpliwości co do ujęcia normy podstawowej przez Kelsena. Zdaniem jego początkowa norma hipotetyczna może stworzyć fikcję powinności prawnej, ale nie może nadać porządkowi prawnemu obiektywnej mocy obowiązującej (*Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, str. 23).

Charakter subiektywny normy podstawowej Kelsena jest wyraźnie podkreślony przez *Sukiennickiego*, który jest zwolennikiem Kelsena i pisze: „Zastosowanie przymusu w stosunku do kogoś, kto zakłada jako podstawową normę, nie pozostającą w związku prawnym z systemem, w obronie którego występuje siła, będzie — z jego punktu widzenia — jedynie brutalnym gwałtem. On bowiem stoi na stanowisku innego systemu norm obowiązujących (systemu B), jego normy systemu A nie obowiązują, dla niego nie są one prawem, są może nawet antytezą prawa. (Podstawa obowiązywania prawa narodów, 1929, str. 87).

będzie się zmieniał cały system prawny. Charakter heteronomiczny norm prawnych, podkreślany przez Kelsena, jest w ten sposób zachwiany.

Wobec tego jednak niemożliwą jest do utrzymania zasadnicza teza Kelsena o identyczności prawa i państwa. Twierdzenie Kelsena, że państwo jest tylko systemem norm, jest trudne do obrony, skoro zważymy, że system norm, oparty na normie podstawowej, nosi charakter w znacznej mierze subiektywny, a państwo nosi charakter obiektywny. Istnienie państwa nie zależy od uznania jednostki. Nie wchodząc w kwestię, czy państwo jest zjawiskiem psychicznym czy też psycho-fizycznym, w każdym razie stwierdzić można, że jest to zjawisko obiektywne, niezależne od takich czy innych konstrukcyj naukowych teoretyków prawa.

Utożsamianie państwa i prawa jest także dlatego niemożliwe, że działalność państwa nie wyczerpuje się w tworzeniu norm prawnych, ale polega na całym szeregu działań konkretnych, nie przewidzianych przez normy prawne. Wystarczy zwrócić uwagę na działalność państwa podczas wojny.¹⁰²

Można się zgodzić z Kelsenem, że jednym z elementów pojęcia państwa jest system norm prawnych, z tym jednak zastrzeżeniem, że system ten będzie miał inny charakter w ustrojach prymitywnych, a inny w państwie nowoczesnym znajdującym się na wyższym szczeblu rozwojowym. Trudno natomiast zgodzić się z Kelsenem, że państwo jest tylko systemem norm, ponieważ do istotnych elementów państwa należy także fakt najwyższej władzy politycznej, władzy zwierzchniczej, wykonywanej na pewnym terytorium niezależnie od woli jednostek. Dopiero oparcie systemu norm prawnych o faktyczną najwyższą władzę polityczną tworzy to, co nazywamy prawem pozytywnym. Bo nazwę prawa pozytywnego — jak to już poprzednio stwierdziliśmy — można stosować jedynie do prawa związanego z faktami, związanego z faktyczną władzą najwyższą wzgl. z organami tej władzy.¹⁰³

¹⁰² *Costamagna* twierdzi, że teoria Kelsena jest negacją państwa (*Elementi di diritto pubblico fascista*, 1934, str. 5). Także *Wladikin* zaznacza, że teoria Kelsena prowadzi do nauki o państwie bez państwa (*Kurs obszczo drżawno prawa*, Sofia, 1935, str. 36). *Kulczycki* zaznacza, że prawo jest dla państwa raczej środkiem do różnych celów, aniżeli celem samym w sobie. (*Nauka o państwie*, 1929, str. 11).

¹⁰³ Klasyk jurysprudencji *Dicey* mówi: Prawem są te normy, które (pisane czy niepisane) są stosowane przez sądy (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 -wyd., 1915, str. 23). Również zaznacza *Menzel*, że pomiędzy *Recht* i *Macht* jest jakiś stosunek (*Kelsens allgemeine Staatslehre und die Soziologie*, *Jahrbuch für Soziologie*, 1926, str. 266).

Przechodzimy obecnie do drugiej tezy Kelsena, a mianowicie do twierdzenia, że państwo nie może być badane z punktu widzenia społecznego. Teza ta jest skierowana głównie przeciw prawnikowi niemieckiemu Jellinkowi, którego teoria miała ogromny wpływ na współczesną naukę o państwie.

Teoria ta odróżnia państwo, jako zjawisko społeczne i państwo, jako instytucję prawną. Państwo jako zjawisko społeczne oznacza faktyczną społeczną siłę, faktyczną moc (Macht), która jest warunkiem prawa, ponieważ gwarantuje obowiązywanie i skuteczność norm prawnych. Państwo, jako zjawisko społeczne, stanowi przedmiot nauki odrębnej od prawoznawstwa, mianowicie społecznej nauki o państwie.¹⁰⁴

Ale państwo jest także instytucją prawną. Podporządkowuje się ono prawu. Jako podmiot prawa, państwo jest przedmiotem prawniczej nauki o państwie. Dla poznania prawniczego chodzi jedynie o odpowiedź na pytanie: jak mam prawniczo ujmować państwo? Nie chodzi tu o wszechstronne poznanie państwa. Należy bowiem pamiętać, że ten sam przedmiot może dawać okazję do różnorodnych sposobów poznania.¹⁰⁵

Powyższa teoria Jellinka jest bardzo atakowana przez Kelsena, który staje na stanowisku, że metoda badań decyduje o przedmiocie badania. Nie może więc ten sam przedmiot być badany z dwóch odmiennych punktów widzenia. Teorię o dwóch stronach państwa uważa Kelsen za sprzeczną z zasadami naukowej teorii poznania.

„Jeżeli pomiędzy przedmiotem i metodą poznania istnieje korelacja, specyficzna metoda decyduje o specyficznym przedmiocie i odwrotnie, to wówczas niemożliwym jest osiągnięcie tego samego przedmiotu poznania dwiema drogami poznania idącymi w różnych kierunkach i wówczas nie może być to samo identyczne państwo, które jednocześnie podlega rozważaniu przyczynowemu i normatywnemu.”¹⁰⁶

To założenie filozoficzne Kelsena jest przejęte ze szkoły marburskiej z C o h e n e m¹⁰⁷ i N a t o r p e m¹⁰⁸ na czele. Szkoła marburska reprezentowała neokantyzm z odcieniem racjonalistycznym

¹⁰⁴ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 wyd., 1914, str. 168; Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, str. 262.

¹⁰⁵ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 wyd. 1905, str. 13.

¹⁰⁶ Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, str. 106.

¹⁰⁷ Cohen, Logik der reinen Erkenntnis, 1902; Ethik des reinen Willens, 1904.

¹⁰⁸ Natorp, Kant und die Marburger Schule (Kantstudien, 1912).

i wywarła wielki wpływ na całą konstrukcję Kelsena. Cohen twierdził, że każdy przedmiot naszego otoczenia powstaje dopiero dzięki wytwarzającym metodom naszej świadomości. Jeździec z koniem razem może być uważany za poszczególną rzecz, poszczególny przedmiot tak samo, jak sam koń tylko, albo głowa tego konia, albo oko tej głowy. Nie ma więc w naturze przedmiotów ustalonych, tylko dopiero wzajemne oddziaływanie myślenia i bytu tworzy to, co nazywamy przedmiotem. W ten sposób myślenie tworzy podstawy bytu. Tylko myślenie może wytworzyć to, co obowiązuje jako byt. Treścią myślenia nie jest materiał świadomości, tylko „jedność”. Jedność sądu wytwarza jedność przedmiotu w jedności poznania.¹⁰⁹

Nie należy do nas analiza filozoficzna szkoły marburskiej. Miała ona poważne zasługi w dziedzinie teorii poznania, jednakże po wojnie światowej wpływy tej szkoły bardzo zmalały nawet na terenie niemieckim, a to z powodu pewnej jednostronności i skrajności tego kierunku. Przykładem może być filozof berliński Hartmann, który zrazu należał do szkoły marburskiej, a potem zbliżył się do kierunku fenomenologicznego.¹¹⁰

Wracając do stanowiska Kelsena, że metoda tworzy przedmiot, zaznaczyć należy, że jest to stanowisko nieco skrajne. Nie negując wcale związku, jaki istnieje pomiędzy podmiotem poznającym, a przedmiotem poznawanym, stwierdzić należy, że metoda nie tyle tworzy przedmiot, co wyodrębnia go z nieskończonej ilości rzeczy istniejących wzgl. możliwych. Należy mówić nie tyle o pojęciowym formowaniu przedmiotów, co o formowaniu pojęć odnoszących się do wyodrębnionych myślą przedmiotów.¹¹¹

Weźmy przykład wyżej przez nas przytoczony. Jeżeli bierzemy za przedmiot naszych badań jeźdźca z koniem, albo samego konia, albo oko końskie, to w każdym z tych wypadków można powiedzieć, że stworzyliśmy przedmiot badań, ale tylko w tym znaczeniu, że tę rzecz wyodrębniliśmy, a nie w tym znaczeniu, że ta rzecz przed naszym badaniem nie istniała.

Również wątpliwa jest druga teza Kelsena, że ten sam przedmiot nie może być badany z dwóch odmiennych punktów widzenia.

¹⁰⁹ Na tle znajomości szkoły marburskiej staje się bardziej zrozumiałą tendencja Kelsena do ciągłego podkreślania postulatu „jedności” poznania prawnego. Wpływ Kanta i szkoły marburskiej na Kelsena jest dobrze ujęty w książce *Trevesa, Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, 1934.

¹¹⁰ *Hartmann, Grundzüge einer Metaphisik der Erkenntniss*, 1921; *Zum Problem der Realitätsgegebenheit*, 1931.

¹¹¹ *Binder* uważa, że Kelsen pomieszał metafizyczny problem poznania przedmiotu z zagadnieniem tworzenia pojęć ogólnych przedmiotów empirycznych (*System der Rechtsphilosophie*, 1937, str. 228).

Przypuśćmy, że kupuję kawałek ziemi. Rozpatruję ją z punktu widzenia prawnego, ponieważ chcę zostać właścicielem tej ziemi. Ale czy ten sam przedmiot (ziemia kupiona) nie może być rozpatrywany z punktu widzenia gleboznawstwa ze względu na możliwości związane z uprawą roli? I czy ten sam przedmiot nie może być badany z punktu widzenia botanicznego ze względu na roślinność na tej przestrzeni rosnącą? I czy ten sam przedmiot nie może być badany z punktu widzenia estetycznego, ze względu na związane z nim widoki?

Zapewne, zależnie od takiego czy innego punktu widzenia przy badaniu tej ziemi, będę zwracał uwagę na te lub inne jej części, składniki. Stąd mogłoby powstać wrażenie, że za każdym razem mam inny przedmiot przed oczami. Należy jednak zważyć, że wszystkie powyższe składniki, elementy mieszczą się w ramach tego samego przedmiotu (kupionej ziemi) wzgl. związane są z tym samym przedmiotem.

Wynika stąd, że niesłuszną jest zasadnicza teza Kelsena, że państwo może być rozpatrywane tylko z punktu widzenia prawnego. Nie widzimy przeszkód metodologicznych do badań socjologicznych nad państwem, zwracając uwagę nie na treść norm prawnych, ale na faktyczny układ sił społecznych i faktyczne działania obywateli w ich wzajemnym stosunku.¹¹²

4. Charakter prawa międzynarodowego

Zagadnienie prawa międzynarodowego należy do tematów, które najbardziej interesowały Kelsena i którym poświęcał on największą uwagę. Być może ze względu na związek tej kwestii z liberalnym światopoglądem politycznym. Jakkolwiek bowiem Kelsen w swoich pracach naukowych unikał starannie momentów politycznych, to jednak pewne predyspozycje psychiczne mogły swój wpływ wywierać w wypadkach wątpliwych, pozwalających na różne rozwiązania.

Jak wspominaliśmy poprzednio, Kelsen w kwestii stosunku prawa międzynarodowego do prawa państwowego analizuje trzy rozwiązania możliwe: 1. konstrukcję *dualistyczną*, która głosi, że prawo państwowe i prawo międzynarodowe przedstawiają dwa zasadniczo odmienne systemy norm, 2. *prymat państwowego* porządku prawnego, który pojmuje prawo międzynarodowe, jako zewnętrzne prawo państwowe i 3. *prymat międzynarodowego*

¹¹² *Znamierowski* twierdzi nawet, że teoria prawa jest częścią socjologii (Podstawowe pojęcia teorii prawa, 1924, str. 154). Również *Sander* uważa, że prawdziwa nauka prawa jest szczegółowym rodzajem socjologii (*Allgemeine Staatslehre*, 1936, str. 510). *Znaniński* sądzi, że specjalista w zakresie teorii państwa musi być socjologiem (*The Method of Sociology*, 1934, str. 129).

rodowego porządku prawnego, który poszczególne państwowe porządki prawne pojmuje jako „delegację” prawa międzynarodowego. Za tą ostatnią konstrukcją oświadcza się Kelsen, przy czym szczególnie ostro krytykuje teorię dualistyczną.

Powstaje więc pytanie, czy stanowisko Kelsena jest uzasadnione i czy jest istotnie najlepszym rozwiązaniem tego skomplikowanego zagadnienia?

Trudno nie zgodzić się z Kelsenem, gdy krytykuje teorię prymatu państwowego porządku prawnego.¹¹³ Teoria ta jest w gruncie rzeczy negacją prawa międzynarodowego. Jeżeli prawo międzynarodowe jest tylko częścią państwowego porządku prawnego, jeżeli normy międzynarodowe mają tyle podstaw mocy obowiązującej, ile państw i systemów ustawowych z nimi się wiąże, to zachodzi pytanie, czy w ogóle można mówić o prawie międzynarodowym, jako odrębnym systemie norm. I zupełnie konsekwentnym ze stanowiska tej teorii jest pogląd *Wenzla*, który kategorycznie odrzuca zasadę: *pacta sunt servanda*.¹¹⁴

W ten sposób jednak teoria prymatu państwowego porządku prawnego, która zamierzała być teorią najbardziej empiryczną i najbardziej realistyczną, nie jest w całkowitej zgodności z doświadczeniem prawnym, skoro, jak wiadomo, państwa należące do społeczności międzynarodowej uznają zasadę „*pacta sunt servanda*”. Jeżeli ją niekiedy naruszają, to starają się zwykle znaleźć jakiś pozór prawny (np. *clausula rebus sic stantibus*).

Widzimy więc, że teoria prymatu państwowego porządku prawnego jest trudna do utrzymania i to zarówno z punktu widzenia metody empirycznej, jak też metody racjonalistycznej. Jesteśmy więc w tym punkcie zgodni ze stanowiskiem Kelsena.

¹¹³ Do reprezentantów tej teorii, związanej z terenem niemieckim, należą *Zorn*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 2 wyd. 1903; *Kaufmann*, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, 1911; *Wenzel*, *Juristische Grundprobleme*, 1926; *Pohl*, *Völkerrecht und Aussenpolitik in der Reichsverfassung*, 1929. Doktryna narodowo-socjalistyczna nie zajęła w tej kwestii stanowiska wyraźnego. *Hitler* w swej mowie w parlamencie w maju 1933 r. wypowiedział się za uznaniem prawa międzynarodowego. Również teoretyk prawny (narodowego socjalizmu) *Schmitt* uznaje prawo międzynarodowe, aczkolwiek zaznacza, że traktat wersalski był traktatem bezprawnym i że substancja prawna europejskiej myśli międzynarodowo-prawniczej leży dzisiaj w Niemczech (*Nationalsozialismus und Völkerrecht*, 1934). *Wolgast* wypowiada się za konstrukcją dualistyczną (*Völkerrecht*, 1934).

¹¹⁴ *Wenzel*, *Juristische Grundprobleme*, 1920, str. 502. Jeżeli *Ehrlich* twierdzi, że „państwo w stosunkach międzynarodowych jest wiązane tylko swoją wolą, jednak wolą tą jest bezwzględnie wiązane” (Poszanowanie zobowiązań międzynarodowych w wyd. *Bezpieczeństwo zbiorowe*, 1935, sto. 52), to przez ten wyraz „bezwzględnie” ogranicza każdorazową zmienną wolę państwa. Nie może więc być zaliczony do reprezentantów teorii prymatu państwowego.

Inaczej się rzecz przedstawia przy dwóch innych konstrukcjach prawniczych, a mianowicie teorii dualistycznej i teorii prymatu międzynarodowego porządku prawnego. Zwalczenie przez Kelsena pierwszej z tych teorii i obrona drugiej nastrożają poważne wątpliwości.

Zasada prymatu międzynarodowego porządku prawnego wydaje się logicznie uzasadnioną. Jeżeli bowiem uznajemy w ogóle prawo międzynarodowe za prawo, to musimy uważać, że prawo to zawiera normy obowiązujące państwa, wchodzące w skład społeczności międzynarodowej. A jeżeli państwa są związane normami prawa międzynarodowego, związane zawartymi umowami, to znaczy, że państwowy porządek prawny jest ograniczony przez międzynarodowy porządek prawny. Bo państwo nie może de iure naruszać zawartej umowy, choćby miało później odmienną wolę niezgodną z wolą w chwili zawierania umowy. Dlatego znany filozof prawa *del Vecchio* może twierdzić, że z punktu widzenia logiki, międzynarodowa organizacja prawna posiada przewagę nad poszczególnymi państwami w skład jej wchodzącymi.¹¹⁵ A w takim razie prymat międzynarodowego porządku prawnego wydaje się oczywisty.

Zwolennicy jednak prymatu prawa międzynarodowego nie ograniczają się do stwierdzeń powyższych, ale idą w swych rozważaniach znacznie dalej. Nie tylko uznają oni obowiązek prawny każdego państwa dotrzymania zawartych umów, ale — i to jest charakterystyczne dla tej teorii — widzą w państwie jedynie organ międzynarodowego porządku prawnego.

„Państwowy charakter narodu, mówił *Krabbe*, ma swoje źródło w prawie międzynarodowym... Jeżeli prawo narodu być państwem opiera się na prawie międzynarodowym, to oczywiście prawo międzynarodowe może określić, jak daleko tamte prawo sięga”.¹¹⁶

Władza państwowa — mówi *Verdross* — jest tworem samego prawa międzynarodowego, bo nie jest ona niczym innym, jak kompetencją, którą prawo międzynarodowe przyznaje państwu, a kompetencja ta zmienia się, zależnie od rozwoju prawa narodów.¹¹⁷

Poszczególne państwowe porządki prawne należy, zdaniem Kelsena, pojmować jako delegację prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe określa przestrzenny i czasowy zakres mocy obowiązującej poszczególnego państwowego porządku prawnego.

¹¹⁵ *del Vecchio*, *Leçons de philosophie du droit*, 1936, str. 313.

¹¹⁶ *Krabbe*, *Die moderne Staatsidee*, 1919, str. 271.

¹¹⁷ *Verdross*, *Le fondement du droit international* (Rec. des cours de l'Acad. de droit internat., 1927, str. 317).

Poszczególne państwo należy pojmować, jako organ wspólnoty prawa międzynarodowego.¹¹⁸

Powyższą konstrukcję nazywają niekiedy *monizmem* prawnym, ponieważ dąży ona do ujęcia zasadniczych kwestyj prawnych w sposób jednolity. Zasluguje ona na uwagę, jako dobitny i nieco skrajny wyraz tendencji naukowej zmierzającej ku jedności systemu prawnego, opierając się na zasadzie jedności poznania ludzkiego.

Konstrukcja ta, ciekawa z punktu widzenia prostolinijności logicznej, jest jednak trudna do utrzymania, ponieważ nie liczy się zupełnie z rzeczywistością historyczną i z współczesną rzeczywistością społeczną. Nie liczy się także z orzecznictwem sądów krajowych i sądów międzynarodowych. Nie da się ona pogodzić z pewnymi podstawowymi zasadami, przyjętymi obecnie w prawie państwowym i w prawie międzynarodowym.

Przede wszystkim jest rzeczą oczywistą, że konstrukcja Kelsena nie da się pogodzić z zasadą *suwerenności* państwowej, która nie tylko opiera się na fakcie mocy najwyższej państwa, ale stanowi dzisiaj jeden z dogmatów przy regulowaniu stosunków międzynarodowych. Wprawdzie niektórzy teoretycy prawa we Francji (*Duguit*, *Le Fur*) kwestionują zasadę suwerenności państwowej, jednakże nie umieją jej zastąpić inną zasadą określoną i pozytywną,¹¹⁹ wobec czego praktyka prawnicza we Francji operuje w dalszym ciągu zasadą suwerenności. Jeżeli w literaturze angielskiej spotykamy zasadę: „international law is a part of the common law”, to jednak — jak to stwierdza *Król* — w orzecznictwie sądowym angielskim zastosowanie tej zasady już dawno zostało ograniczone w wielu kierunkach. W szczególności przestaje ta zasada działać, gdy legislatura angielska świadomie odstępuje od zasad prawa międzynarodowego.¹²⁰

Zasada suwerenności państwowej nie jest rozumiana w znaczeniu władzy bezgranicznej. Państwo bowiem musi stosować się do zaciągniętych przez siebie zobowiązań międzynarodowych. A więc można powiedzieć, że w tym punkcie istnieje pewne ograniczenie suwerenności państwowej. Jednakże prawnicy współcześni przeważ-

¹¹⁸ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 150.

¹¹⁹ *Duguit* wysuwa na pierwszy plan ogólniejsze pojęcie reguły prawnej opartej na solidarności społecznej (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901). *Le Fur* wysuwa na pierwszy plan subiektywne pojęcie prawa naturalnego, opartej na sprawiedliwości, ekonomii politycznej i historii (*Precis de droit international public*, 3 wyd. 1937). *Renard* wysuwa na pierwszy plan nieokreślone bliżej pojęcie dobra powszechnego (*Les bases philosophiques du droit international*, *Archives de philosophie de droit*, 1931).

¹²⁰ *Król*, *Prawo międzynarodowe w orzecznictwie sądów krajowych*, 1935, str. 15.

nie nie upatrują sprzeczności pomiędzy suwerennością państwową a ważnością zobowiązań międzynarodowych państwa. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w Hadze oświadczył nawet w jednej ze swych uchwał: „Zdolność zaciągania zobowiązań jest właśnie atrybutem suwerenności państwa”.¹²¹

Możnaby się zapytać, dlaczego praktyka prawnicza i dyplomatyczna przywiązuje tak wielką wagę do pojęcia suwerenności państwowej, skoro pojęcie to nie oznacza władzy bezgranicznej i narażone jest na pewne krytyki z punktu widzenia ścisłości naukowej?

Sądzić należy, że pojęcie suwerenności państwowej ma wielkie znaczenie dla współczesnego pojmowania prawa międzynarodowego, ponieważ umożliwia ono zrozumienie paru innych ważnych zasad przyjętych w życiu międzynarodowym.

Należy tu przede wszystkim zasada, że prawo międzynarodowe — w przeciwieństwie do prawa państwowego — opiera się na zasadzie koordynacji, a nie na zasadzie subordynacji, na zasadzie zgodności woli wielu państw, a nie na zasadzie przymusu. Ta zgodność woli może być stwierdzona przez umowę międzynarodową albo per facta concludentia, jeżeli chodzi o międzynarodowe prawo zwyczajowe. W każdym razie prawo międzynarodowe obowiązuje poszczególne państwa tylko w tych granicach, w których zostało ono przez te państwa bezpośrednio ub pośrednio uznane.¹²² Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w Hadze stwierdził nawet w jednej ze swych opinii, że „jest dobrze ustalonym w prawie międzynarodowym, że żadne państwo nie może być zobowiązane bez swej zgody do poddawania swych sporów z innymi państwami, czy to mediacji, czy to rozjemstwu czy wreszcie obojętne jakiemu sposobowi pokojowego załatwienia”.¹²³

¹²¹ Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série A. nr 1, str. 25 (cytowane u Derynga). Podobnie mówi Ehrlich: „Dzisiejszy ustrój społeczności międzynarodowej opiera się na zasadzie suwerenności państw, z której wynika, że państwo może być poddane zobowiązaniu tylko z mocy własnej woli” (Prawo narodów, 2 wyd. 1932, str. 13).

¹²² Zasadę powyższą kwestionuje *Le Fur* (Précis de droit international public, 3 wyd. 1937, str. 187), który wysuwa dwa zarzuty: 1. że umowa międzynarodowa może być niemoralną, 2. że reguła „pacta sunt servanda” sama wymaga uzasadnienia i wspomuje istnienie prawa obiektywnego, poprzedzającego i wyższego od woli państwa. Na to odpowiedzieć należy: 1. Uzależnianie mocy obowiązującej traktatów od ich charakteru moralnego oznaczałoby uzależnianie ważności prawa międzynarodowego od ocen subiektywnych i odbierałoby temu prawu charakter obiektywny i pozytywny; 2. Rzekome prawo obiektywne wyższe od woli państwa ma swoje pełne uzasadnienie ma terenie moralno-religijnym, nie może jednak zastąpić kryteriów konkretnych prawa pozytywnego.

¹²³ Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série B. nr 5, str. 27.

Z powyższego konwencjonalnego charakteru prawa międzynarodowego wynika dalsza zasada, że prawo międzynarodowe zobowiązuje prawnie tylko państwa, a nie bezpośrednio obywateli. Normy, wynikające z zobowiązań międzynarodowych nie mają bezpośrednio mocy obowiązującej w stosunkach wewnątrzpaństwowych. Normy prawa międzynarodowego muszą być transformowane na normy prawa wewnętrznego. Specyficzny charakter prawa międzynarodowego polega, według określenia *Walza*, na jego mediatyzacji przez prawo państwowe.¹²⁴

Z zasady powyższej wynika dalsza konsekwencja, że prawo państwowe obowiązuje obywateli także w tym wypadku, gdy jest sprzeczne z prawem międzynarodowym. Wprawdzie państwo, które nie wykonuje swoich zobowiązań międzynarodowych, popełnia bezprawie z punktu widzenia prawa międzynarodowego, nie zwalnia to jednak obywateli od ich obowiązków prawnych z punktu widzenia prawa państwowego, które jest dla nich miarodajne. Podmiotami bowiem prawa międzynarodowego są państwa, a nie obywatele. Dla obywateli zaś źródłem prawa jest ustawa, a nie umowa międzynarodowa. Stąd teoretyczna możliwość kolizji tych dwóch odmiennych systemów norm i to właśnie stanowi uzasadnienie teorii dualistycznej.¹²⁵

Powyższe naczelne zasady współczesnego prawa pozytywnego, wynikające z praktyki i orzecznictwa w kwestii interesującego nas tu stosunku prawa międzynarodowego i prawa państwowego przypomnieliśmy w tym celu, ażeby wykazać, jak dalece zasady te odbiegają od teorii *Kelsena*. I słusznie zaznacza *Deryng*, że koncepcja *Verdrosa* i *Kelsena* niezgodna jest ze stanem współczesnego prawa narodów. W wypadku „kompetencji” czy „delegacji” presumuje się istnienie władzy nadrzędnej i prawa nadrzędnego, które określa zakres tej kompetencji czy delegacji. Zasada koordynacji społeczności międzynarodowej byłaby zastąpioną zasadą subordynacji, domniemanie wolności od zobowiązań domniemaniem ograniczenia na rzecz prawa narodów.¹²⁶

¹²⁴ *Walz*, *Völkerrecht und staatliches Recht*, 1933, str. 239. Trudno się zgodzić z *Devaux*, który twierdzi, że w prawie państwowym i międzynarodowym są te same podmioty prawa (*Traité élémentaire de droit international public*, 1935, str. 49).

¹²⁵ Na terenie polskim za teorią dualistyczną wypowiedzieli się wyraźnie: *J. Makowski* (*Prawo międzynarodowe*, 3 wyd. 1930) i *Król* (*Prawo międzynarodowe w orzecznictwie sądów krajowych*, 1935). Zasadę względnej odrębności formuluje *Deryng* (*Główne tendencje rozwojowe prawa narodów*, 1932, str. 116). *Cybuchowski* twierdzi, że prawo międzynarodowe, przez państwa uznane, nie stoi na gruncie ani teorii anonistycznej ani teorii dualistycznej wszytko płynie. (*Prawo międzynarodowe*, 4 wyd. 1932, str. 14—15).

¹²⁶ *Deryng*, *Idem*, str. 12.

Kelsen twierdzi, że naruszenie zobowiązań międzynarodowych przez ustawy państwowe należy pojmować analogicznie do naruszenia konstytucji przez ustawy zwykłe. Sądzę jednak, że analogia ta jest pozorną i nie uwzględnia poważnych różnic obu przytoczonych wypadków. W prawie państwowym bowiem przewidziane są liczne sankcje na wypadek naruszenia konstytucji przez parlament (veto głowy państwa, rozwiązanie parlamentu, trybunały konstytucyjne, badanie ważności ustaw przez zwykłe sądy w Ameryce), podczas gdy prawo międzynarodowe przed utworzeniem Ligi Narodów nie znało sankcji zorganizowanych w ogóle, a sankcje przewidziane w statucie Ligi Narodów okazały się nierealne i nieskuteczne. Zresztą sankcje te są przewidziane tylko dla wypadków wyjątkowych (wojna)¹²⁷

Zważyć dalej należy, że w państwach, które nie przewidują trybunałów konstytucyjnych, wątpliwą jest teza Kelsena o ważności prawnej ustaw, które są wyraźnie z konstytucją sprzeczne. Mogą władze państwowe ze względów praktycznych uznawać ważność takiej ustawy, jednakże rzecz ta z punktu widzenia prawnego wzbudza poważne wątpliwości.¹²⁸ Natomiast w razie sprzeczności ustawy państwowej z prawem międzynarodowym niewątpliwą jest moc prawna takiej ustawy pod kątem widzenia prawa państwowego.

Pamiętać wreszcie należy, że świadome i wyraźne naruszenie konstytucji przez ustawę zwykłą należy do zjawisk bardzo rzadkich i suponuje cichą zgodę faktycznej najwyższej władzy państwowej, co nam tłumaczy, dlaczego takie naruszenie nie dezorganizuje całego życia prawnego w państwie. Natomiast w wypadku naruszenia prawa międzynarodowego przez ustawę państwową nie można suponować cichej zgody drugiej strony.

Podstawowym argumentem Kelsena jest twierdzenie, że prymat prawa międzynarodowego jest koniecznym wynikiem postulatu Jednolitości woli państwowej i jedności systemu prawnego.

Odpowiedzieć na to należy, że jednolitość systemu prawnego suponuje jednolitość woli ten system chroniącej czyli jednolitość mocy faktycznej, za tym systemem stojącej. Bez takiej jednolitej

¹²⁷ *Morgenthau* twierdzi, że teoria Kelsena o „delegacji” prawa państwowego przez iprawo międzynarodowe nie da się utrzymać, ponieważ prawo międzynarodowe nie dysponuje sankcjami, przy pomocy których porządek prawny państwa mógłby być wytworzony jako rzeczywistość normatywna (*La réalité des normes, en particulier des normes du droit international*, 1934, Str. 176).

¹²⁸ Wybitni prawnicy francuscy (*Duguit, Hauriou, Berthélemy, Jèze*) uważają, że sąd, mając do wyboru dwie ustawy sprzeczne, musi dać przewagę ustawie wyższego rzędu. Por. *W. Makowski*, *Moc ustawy konstytucyjnej* (Rozważania prawnicze, 1928) i *Starzewski*, *Środki zabezpieczenia prawnego konstytucyjności ustaw*, 1928.

mocy faktycznej, stanowiącej oparcie dla prawa pozytywnego, system prawny wisiaby w powietrzu i zbliżałby się bardziej do prawa naturalnego, aniżeli do prawa pozytywnego. Na tym właśnie polega zasadnicza trudność przyjęcia prawa międzynarodowego za podstawę całego systemu prawnego. Gdyby kiedyś społeczność międzynarodowa wytworzyła nie tylko jednolity system norm obowiązujących, ale także jednolitą zorganizowaną siłę faktyczną, stojącą na straży tych norm, wówczas konstrukcja Kelsena miałaby swe uzasadnienie. Ponieważ jednak na razie nie spostrzegamy tendencji w tym kierunku, przeto nie widzimy dla teorii Kelsena uzasadnienia w prawie pozytywnym. Jeden z pisarzy włoskich Monaco nazywa teorię Kelsena „dziełem pięknym, lecz niezemskim”.¹²⁹

Nawet *Le Fur*, którego łączy z Kelsenem negatywny stosunek do idei suwerenności państwowej, krytykuje koncepcję Kelsena w sprawie stosunku prawa międzynarodowego do prawa państwowego. *Le Fur* twierdzi, że idea „delegacji” udzielanej poszczególnym państwom przez jakieś ponad-państwo jest sprzeczna z historią, ponieważ państwo istniało przed prawem międzynarodowym pozytywnym. Jest także sprzeczna z współczesnym prawem pozytywnym i musi być uważana za błędną zarówno z punktu widzenia historycznego, jak z punktu widzenia prawnego.¹³⁰

Możnaby jednak bronić konstrukcji Kelsena z innego punktu widzenia. Możliwość powiedzieć, że Kelsen zalicza prawo do dziedziny „powinności”, a nie do dziedziny „bytu”, wobec czego faktyczne postępowanie ludzi, czy też faktyczne orzecznictwo sądów jest dla koncepcji teoretycznej bez znaczenia.¹³¹ W takim razie jednak powstaje pytanie, czy powyższa konstrukcja prawa międzynarodowego jest konsekwentnym rozwinięciem zasadniczych założeń metodolo-

¹²⁹ Monaco, L'ordinamento internazionale in rapporto al ordinamento statale, 1933, str. 33. Wprawdzie *Bustamante* twierdzi, że społeczność międzynarodowa jest gwarancją praw i obowiązków każdego państwa (*Droit international public*, 1934, str. 56), jednakże realniejszą wydaje się opinia *Winiarskiego*, który mówi: Dzieje prawa międzynarodowego są prawdziwym komentarzem traktatów gwarancyjnych (Bezpieczeństwo, arbitraż, rozbrojenie, 1928, str. 41).

Zbyt daleko jednak idą ci pisarze, którzy negują wogóle charakter prawny norm międzynarodowych (*Austin*, The province of jurisprudence determined, 2 wyd., 1861; *Lasson*, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, 1871). Charakter ten wynika ze związku norm międzynarodowych z organizacją państwową. Prawo międzynarodowe, podobnie jak prawo państwowe, zawiera normy uznane przez państwo za obowiązujące, jakkolwiek charakter tego uznania jest odmienny w prawie państwowym i w prawie międzynarodowym (por. mój „Wstęp do nauk prawnych”, 3 wyd., 1935).

¹³⁰ *Le Fur*, Les grands problèmes de droit, 1937, str. 292.

¹³¹ W swej najnowszej pracy twierdzi *Kelsen*, że jedność prawa nie jest jednością organizacyjną a tylko jednością poznania (*Droit et Etat au point de vue d'une théorie pure*. *Annales de l'Institut de droit comparé*, 1936, str. 54).

gicznych Kelsena? Czy istnieje harmonia pomiędzy podstawami teorii Kelsena, a jego konstrukcją prawa międzynarodowego?

Otóż stwierdzić należy, że wywody Kelsena dotyczące stosunku prawa międzynarodowego i prawa państwowego pozostają w pewnej dysharmonii z zasadniczymi założeniami jego teorii.

W swoim głównym dziele (*Hauptprobleme*) postawił Kelsen tezę: nie ma prawa bez sądu. Sąd, jako symbol organizacji zewnętrznej jest dla prawa tak istotny, że ze wszystkich norm, które rządzą społeczeństwem i którym ulegają członkowie społeczeństwa, tylko te można uważać za normy prawne, które są stosowane przez sądy wzgl. w bardziej skomplikowanych ustrojach państwowych przez inne organy państwowe. Zasadę tę należy, zdaniem Kelsena, stosować również do prawa zwyczajowego.

„Zdaniem prawnym jest, także przy zwyczajowym tworzeniu prawa, tylko prawo stosowane przez sądy, a zwyczaj ma tylko to znaczenie, że dostarcza sądowi stanów faktycznych, do których sąd nawiązuje skutki bezprawa. Tylko dlatego, że sąd wiąże skutki bezprawa ze stanem faktycznym, który przedstawia się jako obraza czegoś ustalonego, jako wyjątek od reguły — naruszony zwyczaj jest zwyczajem prawnym”.¹³²

W swoim nowszym dziele syntetycznym (*Reine Rechtslehre*) zaznacza Kelsen, że prawo nie jest niczym innym, jak zewnętrznym porządkiem przymusowym.

„Teoria prawna XIX stulecia była na ogół zgodna w tym, że norma prawna jest normą przymusową w sensie normy zarządzającej przymus i tym właśnie różni się od innych norm. W tym punkcie czysta teoria prawa kontynuuje tradycję pozytywnej teorii prawa.”¹³³

Jakże wygląda, w świetle powyższych założeń proponowana przez Kelsena konstrukcja prawa międzynarodowego? Gdzie są w prawie międzynarodowym sądy przymusowe? Gdzie jest przymus zarządzany przez normy prawa międzynarodowego?

Kelsen odpowiada na to, że prawo międzynarodowe jest także porządkiem przymusowym. Specyficznymi skutkami bezprawa w prawie międzynarodowym są: represalia i wojna. Państwo obrażone w swoim prawie jest upoważnione do reagowania przeciw obrażającemu prawo za pomocą ustanowionego przez powszechnie prawo międzynarodowe aktu przymusu: represaliów lub wojny. Jest to technika samopomocy, z której wyszedł także rozwój państwowego porządku prawnego.¹³⁴

¹³² *Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, str. 237.

¹³³ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 25.

¹³⁴ *Kelsen*, *Idem*, 1934, str. 131.

Z ujęciem powyższym trudno się zgodzić. Kelsen bowiem używa tu wyrażenia „porządek prawny przymusowy” w znaczeniu odmiennym, aniżeli w „Hauptprobleme”, i przy tym w znaczeniu nieścisłym. Trudno mówić o porządku prawnym przymusowym tam, gdzie stosuje się zasadę samopomocy. Samopomoc bowiem nie może być uważana za środek do realizacji przymusowej norm prawnych, ponieważ ten, kto stosuje samopomoc może okazać się słabszym od tego, kto popełnił bezprawie. Również represalia i wojna nie godzą się z zasadą przymusowego porządku prawnego, skoro są stosowane przez państwo obrażone, a nie wiemy czy to subiektywne poczucie obrazy odpowiada obiektywnemu bezprawiui. A przecież sam Kelsen przyznaje, że w prawie międzynarodowym nie mamy obiektywnej instancji, któraby rozstrzygała spory między państwami w postępowaniu prawnie uregulowanym.

Można więc, z pewnymi zastrzeżeniami, mówić o porządku prawnym międzynarodowym w znaczeniu norm prawnych, przyjętych przez państwa we wzajemnych stosunkach. Nie można jednak uważać społeczności międzynarodowej za porządek prawny przymusowy. A ponieważ Kelsen uważa za istotny dla normy prawnej jej charakter przymusowy, przeto pomiędzy zasadniczą teorią prawną Kelsena, a jego konstrukcją prawa międzynarodowego jest niewątpliwa dysharmonia.

Jest również rzeczą oczywistą, że wyrażony w „Hauptprobleme” pogląd, że zdaniem prawnym jest tylko prawo stosowane przez sądy, nie da się zastosować do prawa międzynarodowego. Tu również między zasadniczą teorią prawną Kelsena, a jego konstrukcją prawa międzynarodowego istnieje sprzeczność niewątpliwa. Z punktu widzenia zasadniczych założeń Kelsena prawa międzynarodowego nie można w ogóle uważać za prawo.

Jeszcze w innym kierunku stwierdzić można rozbieżność pomiędzy założeniami Kelsena, a jego doktryną prymatu prawa międzynarodowego.

Zarówno w swoich „Hauptprobleme”, jak też w „Problem der Souveränität” Kelsen zaznaczał wyraźnie, że należy wybierać normę podstawową w ten sposób, ażeby wynikający z niej dedukcyjnie porządek prawny znajdował się w możliwie wielkiej zgodności z faktycznym postępowaniem ludzi, których działania stanowią treść porządku prawnego.¹³⁵

Otóż powstaje pytanie, czy takie pojmowanie normy podstawowej da się pogodzić z konstrukcją prymatu prawa międzynarodowego? Sądzę, że odpowiedź musi wypaść negatywnie.

¹³⁵ Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, str. 241.

Teoria prymatu prawa międzynarodowego głosi, że poszczególne państwowe porządki prawne należy pojmować, jako delegację prawa międzynarodowego, że każde państwo jest tylko organem wspólnoty prawa międzynarodowego, przekreślając w ten sposób zasadę suwerenności państw.

A jak jest w rzeczywistości? W rzeczywistości, jak to widzimy z orzecznictwa sądów krajowych i międzynarodowych oraz aktów dyplomatycznych, państwa współczesne wzgl. ich reprezentanci stoją na stanowisku suwerenności państwowej, nie uważają się za organy jedynie społeczności międzynarodowej i kierują się przede wszystkim interesami własnymi.¹³⁶ Wynika stąd, że prymat prawa międzynarodowego nie odpowiada głoszonej przez Kelsena zasadzie efektywności normy podstawowej. W tym punkcie również istnieje pewna sprzeczność pomiędzy założeniami Kelsena, a jego konstrukcją prawa międzynarodowego.

Dochodzimy zatem do wniosku, że konstrukcja Kelsena dotycząca prymatu prawa międzynarodowego jest trudna do utrzymania, ponieważ znajduje się w sprzeczności z prawem pozytywnym, a także w dysharmonii z zasadniczymi założeniami teorii prawnej Kelsena. Konstrukcja ta jest raczej wyrazem ideologii pacyfistycznej, aniżeli prawa obowiązującego.¹³⁷

5. Cel w prawie.

Jedną z najbardziej istotnych cech formalno-normatywnej metody Kelsena jest zupełne wyeliminowanie momentów teleologicznych, momentów celowości w rozważaniach prawnych. Pod tym względem Kelsen nie tylko kontynuuje stanowisko Labanda, ale doprowadza je do ostatecznych konsekwencji.

Laband w swojej polemice z Briem, na temat celu w prawie pisał: „Zasadniczo należy zakwestionować; że istotne kryterium instytucji prawnej można upatrywać w jego celu. Cel leży poza urządzeniem, przez które ma być zrealizowany. Leży on poza pojęciowymi granicami środka, przez który winien być osiągnięty. Cel w rozumieniu subiektywnym jest zamiarem, obiektywnie biorąc jest

¹³⁶ Sędzia Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej *Rostrowski* pisze: W porządku międzynarodowym stronami są suwerenne państwa (Postępowanie przed Stałym Trybunałem Międzynarodowej Sprawiedliwości, Czasop. praw., i ekon., 1936, str. 302).

¹³⁷ Słusznie zaznacza *Viglietti*, że uznanie przez Kelsena porządku wyższego ponad państwami jest nie tylko pewnym zwrotem ku prawu naturalnemu, ale stanowi zaprzeczenie tezy zasadniczej, że porządek prawny-państwo (Pluralità di ordinamenti giuridici nell'unità dello stato, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1937, str. 423). *Lande* twierdzi, że konstrukcja prymatu prawa międzynarodowego oznacza wykołajenie się Kelsena (Norma a zjawisko prawne, *Czasop. praw., i ekon.*, 1925, str. 328).

skutkiem, który przez to urządzenie powinien być zrealizowany wzgl. został zrealizowany, ale nie jest wcale częścią tego urządzenia. O ile może być pożytecznym, dla zrozumienia pewnej instytucji prawnej, wyjaśnić sobie, jakim celem ona służy, o tyle jest niedopuszczalnym załatwiać zagadnienie istoty pewnej instytucji prawnej w ten sposób, że się podaje jej cel."¹³⁸

W tym samym duchu pisał Preuss: „Niewątpliwie działalność polityczna w najszerszym znaczeniu, a więc także działalność ustawodawcza i administracyjna, podlegają prawu celowości. Toteż dla rozważań o rozwoju prawa, o prawie w ruchu, moment celowości ma wielkie, może decydujące znaczenie. Znajduje tam miarę i korekturę w rozwoju faktycznym. Ale prawnicza konstrukcja pojęcia winna ujmować myślowo to, co jest stałe i trwałe we wszelkiej zmienności zjawisk. A tu moment celowości oznacza zwierzchniczą dowolność autora."¹³⁹

Powyższe poglądy Labanda i Preussa zostały dalej rozwinięte przez Kelsena, który stara się wyeliminować zupełnie momenty celowości ze swych rozważań formalno-normatywnych.

„Jeżeli nie pytamy o genezę norm prawnych, tylko je zakładamy, czego nie czyni socjolog, ale co musi czynić prawnik, ponieważ prawnik może konstruować swoje pojęcia tylko przy założeniu pewnego porządku prawnego, nie dającego się prawniczo bliżej zbadać, wówczas cel, dla którego normy zostały wydane, nie wchodzi w grę tak samo, jak ich geneza, bo ten cel leży poza prawniczym tworzeniem pojęć”.¹⁴⁰

Kelsen twierdzi, że należy pojęcia prawne uważać za kategorie formalne. Jurysprudencja powinna uwzględniać tylko formę tego zjawiska, którego treścią zajmuje się socjologia i dyscypliny historyczno-polityczne. Wprawdzie porządek prawny, tworząc nowe normy, musi zwracać uwagę na treść regulowanych stosunków życiowych, ale należy pamiętać, że co innego jest prawo, a co innego jurysprudencja. Pojęcia prawne są tworzone tylko przez jurysprudencję, która ze względu na swój charakter formalny może być nazwana „geometrią zjawiska prawnego”.¹⁴¹ Momenty celowości nie grają tu żadnej roli.

Poglądy powyższe zasługują na uwagę, jako najsilniejszy w historii wyraz tendencji formalnej w jurysprudencji. Wzbudzają one jednak poważne wątpliwości co do możliwości zastosowania tej metody w naukach prawnych.

¹³⁸ Archiv für öffentliches Recht, 1887, str. 317.

¹³⁹ Preuss, Zur Methode der juristischen Begriffskonstruktion (Schmollers Jahrbuch, 1900, str. 367).

¹⁴⁰ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, str. 91.

¹⁴¹ Kelsen, Idem, str. 93.

Przede wszystkim trudno zgodzić się z twierdzeniem Kelsena, że pojęcia prawne są tworzone tylko przez jurysprudencję. Wystarczy rzucić okiem na kodeksy nowoczesne, ażeby stwierdzić, jak często ustawodawca tworzy definicję pojęć, które (tzn. działania ludzkie podpadające pod te pojęcia) łączy z określonymi skutkami prawnymi.

Jeżeli kodeks cywilny Napoleona mówi w art. 544, że „Własność jest to prawo używania i dysponowania rzeczami w sposób najbardziej absolutny, byle tylko nie czyniono z nich użytku zabronionego przez ustawy lub rozporządzenia”, — to trudno zaprzeczyć, że jest to tworzenie przez ustawodawcę pojęć prawnych, z którymi musi się liczyć jurysprudencja francuska.

Jeżeli kodeks karny Napoleona głosi w art. 296, że „Zabójstwo popełnione z premedytacją lub z zasadzki jest morderstwem” — to znowu widzimy tworzenie przez ustawodawcę pojęć prawnych, których nie może ignorować jurysprudencja francuska.

Nie można więc twierdzić, że tylko nauka prawa tworzy pojęcia prawne, skoro spotykamy w ustawach definicje pojęć prawnych. A ponieważ Kelsen przyznaje, że tworzenie nowych norm prawnych musi uwzględniać celowość tych norm, przeto trudną do utrzymania jest teza Kelsena, że „cel leży poza prawnym tworzeniem pojęć”.

Ale pominiemy, dla uproszczenia dyskusji, sprawę tworzenia pojęć prawnych przez ustawodawcę i ograniczmy się do terenu jurysprudencji. Sądzić należy, że także na terenie jurysprudencji teza Kelsena o zupełnej eliminacji momentów celowości jest trudna do utrzymania.

Jakkolwiek słynne dzieło Jheringa zawiera wiele braków z punktu widzenia filozoficznego,¹⁴² to jednak zasadnicza dewiza Jheringa, że „cel jest twórcą wszelkiego prawa” zasługuje na tym większą uwagę dzisiaj, gdy ustawodawstwo tak silnie przeważa nad prawem zwyczajowym. Skoro zaś celowość odgrywa tak wielką rolę przy tworzeniu norm prawnych, to mało zrozumiałym wydaje się stanowisko, eliminujące celowość z jurysprudencji, czyli dogmatyki prawa, która nie jest niczym innym, jak naukowym opracowaniem obowiązujących norm prawnych.

Jeden z późniejszych prawników neokantystów Stammeler oparł całą swoją teorię prawnofilozoficzną na rozróżnieniu przy-

¹⁴² Jhering sam przyznawał i we wstępie do pierwszego wydania swego „Zweck im Recht” (1877) pisał: „Jeżeli kiedy żałowałem, że czas mego rozwoju wypadł na okres zdyskredytowania filozofii, to właśnie przy obecnym dziele. Co zostało wówczas zaniedbane przez młodego człowieka, pod wpływem panującego nastroju, nie może być nadrobione przez człowieka dojrzałego”. Poglądy Jheringa krytykuje Jarra w swojej „Ogólnej teorii prawa”, 1920, str. 157—159.

czynowości, leżącej u podstawy badań przyrodniczych, i celowości, leżącej u podstawy nauk społecznych wraz z jursprudencją.

„Dopóki wyobrażamy sobie przyszłe zdarzenie z punktu widzenia określonej przyczynowości, to nie pozostaje wcale miejsca dla rozważań teleologicznych. Z tych dwóch możliwych rodzajów badań w stosunku do ludzkiego działania, jest każdorazowo zawsze tylko jeden możliwy... Traktowanie jednoczesne obu — przyczynowości i celowości — zawiera nierozwiązalną sprzeczność wewnętrzną. Pomiędzy obu możliwościami wyobrażenia przyszłego przedmiotu, pomiędzy konieczną kauzalnością jego, a ujęciem go jako czegoś tworzonego istnieje nieunikniona przepaść, która leży w treści obu rozważań i nie da się usunąć.”¹⁴³

Widzimy więc, że *Stammler*, który starał się stosować metodę formalną i odróżniał zawsze treść od formy, nie widział żadnej przeszkody w łączeniu punktu widzenia formalnego z punktem widzenia teleologicznym w swych konstrukcjach prawnych. Także *Jellinek*, który miał największy wpływ na współczesną naukę o państwie, przywiązywał wielką wagę do metody teleologicznej i pisał w swym klasycznym dziele w sposób następujący:

„Na teleologicznej jedności w świecie społecznym opiera się dla nas porządek i ocena naszych działań, duchowy i gospodarczy obrót, indywidualizacja stworzonych przez nas i przeznaczonych dla nas rzeczy tak dalece, że cel może być uważany za principium individuationis dla wszelkich rzeczy ludzkich. Przez zastosowanie kategorii celowości odróżniamy działania wartościowe od obojętnych, łączymy pewną ilość pojedynczych aktów w jedność: akty prawne i przestępstwa koncentrują się dzięki rozważaniu teleologicznemu w jedności. Za pomocą celu łączymy nawet wielość przestrzennie oddzielonych przedmiotów w jedność rzeczy w znaczeniu prawnym. Za pomocą celu dzielimy płynący szereg naszych zajęć, nieprzerwany szereg naszych czynów na różnorodne jedności, które z punktu widzenia czysto psychologicznego oznaczają wielość aktów duchowych.”¹⁴⁴

¹⁴³ *Stammler*, *Wirtschaft und Recht*, 2 wyd. 1906, str. 344. Słusznie jednak zaznacza Kelsen, że przeciwstawianie przez *Stammlera* przyczynowości i celowości idzie zbyt daleko, ponieważ — jak to sformułował *Sigwart* — cel nie jest przeciwieństwem pojęcia przyczynowości, tylko zawiera go w sobie (*Logik II*, 3 wyd., str. 251).

¹⁴⁴ *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 2 wyd. 1905, str. 271. Jak wielkie znaczenie przywiązywała w okresie powojennym nauka niemiecka do metody teleologicznej wykazuje *Treves*, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto* (*Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1933) oraz *Leibholz*, *Les tendances actuelles de „la doctrine du droit public en Allemagne* (*Archives de philosophie du droit*, 1931). Stosunek normy do celu analizuje subtelnie *Wróblewski*, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, 1934, str. 159—162.

Głównym argumentem przeciwników celowości w jurysprudencji jest ten, że pojęcia prawne należy tworzyć według kryteriów formalnych, a nie według celów, które nie dadzą się ściśle sprecyzować. „Ustalenie” powiada *Laband* „pojęciowych elementów kupna, pożyczki, spółki lub hipoteki jest zupełnie różne od rozważenia celów, którym te instytucje służą”.¹⁴⁵

Argument ten wydaje się pozornie słusznym, gdyż istotnie pojęcia prawne należy tworzyć według kryteriów formalnych. Zapomina on jednak o dwóch rzeczach: 1. że dobór tych kryteriów formalnych nie może ignorować celów społecznych, którym dana instytucja służy, 2. że jurysprudencja nie tylko tworzy pojęcia prawne, ale także tymi pojęciami operuje, tworząc zasady prawne i konstrukcje prawne, związane z interpretacją ustaw.

Otóż stwierdzić należy, że operowanie pojęciami prawnymi z zupełnym pominięciem punktu widzenia celowości jest niemożliwe, ponieważ prowadziłyby to nie tylko do owej „Weltfemdheit”, którą zarzuca *Kelsenowi Jerusalem*,¹⁴⁶ ale niekiedy do rezultatów wręcz niedorzecznych z punktu widzenia społecznego. Nie idąc tak daleko, jak *Losonczy*, który twierdzi, że „cel należy do logicznych przesłanek każdej powinności”¹⁴⁷ sądzić należy, że na terenie prawoznawstwa trudno jest operować powinnościami prawnymi, abstrahując zupełnie od społecznych zadań prawa. Toteż *Jellinek* mógł twierdzić, „że niemożliwym jest osiągnięcie rezultatów prawniczych naukowo wartościowych, jeżeli się zupełnie ignoruje treść stosunków życiowych”.¹⁴⁸

Każdy prawnik, który zajmował się interpretacją ustaw, wie dobrze, jak liczne są wypadki dopuszczające różnorodnej interpretacji i jak wielką rolę odgrywa wówczas wzgląd na cel ustawy i cel prawa w ogóle (dobro powszechne, sprawiedliwość, bezpieczeństwo prawne).¹⁴⁹

Kelsen jednak tego nie uznaje. Uważa on za fałszywy pogląd, że interpretacja jest poznawaniem prawa pozytywnego i że za pomocą interpretacji można uzyskiwać nowe normy z norm już obowiązujących. *Kelsen* nie uznaje także luk w ustawie. Luki w usta-

¹⁴⁵ *Laband*, *Archiv für öffentliches Recht*, 1887, str. 317.

¹⁴⁶ *Jerusalem*, *Die Staatslehre Hans Kelsens*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1926, str. 672.

¹⁴⁷ *Losonczy*, *Über die Möglichkeit und den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1937, str. 185.

¹⁴⁸ *Jellinek*, *Gesetz und Verordnung*, 1887. Także *Druks* zaznacza, że nie można budować teorii prawa przy zupełnym eliminowaniu pojęcia celu i wartości (*Z zagadnień filozofii prawa*, *Przegląd Współczesny*, 1924, str. 288).

¹⁴⁹ Por. *Radbruch*, *O celu prawa* (*Ruch prawniczy*, 1937), także „*Rechtsphilosophie*”, 3 wyd., 1932, str. 50—58.

wie są według niego jedynie formułą ideologiczną, przy której prawnik chce ustawę zastąpić ideologią własną.

„Každy spór prawny polega na tym, że jedna strona występuje z pretensją przeciw drugiej. I pozytywne albo negatywne rozstrzygnięcie zależy od tego, czy ustawa tzn. obowiązująca zastosowalna do konkretnego wypadku norma ustanawia zgłoszony obowiązek prawny czy też nie. Ponieważ trzecia możliwość nie istnieje, rozstrzygnięcie jest zawsze możliwe i to zawsze na podstawie ustawy czyli przez zastosowanie ustawy. Także odmowne rozstrzygnięcie jest zastosowaniem obowiązującego porządku prawnego.”¹⁵⁰

Pogląd powyższy jest charakterystyczny dla filozofa prawa, który mało się stykał z interpretacją cywilistyczną. W przeciwnym bowiem razie zdawałby sobie z tego sprawę, że właśnie pytanie, którą ustawę i który przepis należy do danego wypadku zastosować, może często znaleźć odpowiedź dopiero na podstawie głębszych rozważań interpretacyjnych. Również filozofowi raczej, aniżeli prawnikowi będzie odpowiadał ten pogląd Kelsena, że „ustawa może mieć także treść bezsensowną i wówczas żadna interpretacja nie będzie w stanie jej nadać sens”.¹⁵¹ Zadaniem bowiem prawnika jest znaleźć zawsze jakieś rozwiązanie, jeżeli nie doskonałe, to z możliwych najlepsze tzn. najbardziej zbliżone do celu ustawy i do celu prawa.

Gdyby interpretacja ustaw i logiczne rozwijanie norm ustawowych nie było uznane i stosowane, to cały wielki system prawa rzymskiego, który wywarł tak silny wpływ na nowoczesną kulturę prawną Europy nigdyby nie powstał. Bo system ten powstał jako szerokie rozwinięcie interpretacyjne, pod kątem widzenia teleologicznym, ustawy XII tablic przez wybitnych prawników rzymskich.

Także na terenie prawa publicznego stosowanie interpretacji jest niekiedy konieczne. Weźmy np. zagadnienie niezawisłości sądów w polskiej konstytucji kwietniowej z 1935 r.

Art. 2 Konstytucji mówi, że w osobie Prezydenta skupia się jednolita i niepodzielna władza państwowa. Art. 3 Konstytucji mówi, że wszystkie organy Państwa a więc także sądy pozostają pod „zwierzchnictwem” Prezydenta. Gdybyśmy stosowali jedynie zalecaną przez Kelsena metodę formalno-logiczną, to musielibyśmy dojść do wniosku, że Prezydent może dawać polecenia sądom także w sprawie wyrokowania. Wyraz bowiem „zwierzchnictwo” w znaczeniu prawnym oznacza władzę decydowania w stosunku do instancji podwładnej (w tym wypadku sądów).

Wynikałoby stąd dalej, że art. 64 Konstytucji, który mówi o niezawisłości sędziowskiej należałoby uznać albo za przepis

¹⁵⁰ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, str. 100.

¹⁵¹ *Kelsen*, *Idem*, str. 104.

sprzeczny z art. 3, albo za przepis niedorzeczny ze względu na ogólną zasadę wyrażoną w art. 2 i 3.

Inaczej rzecz wygląda, gdy zastosujemy interpretację teleologiczną i uwzględnimy genezę i cel przepisów konstytucji kwietniowej. Okazuje się wówczas, że art. 2 i 3 są jedynie wyrazem doktryny politycznej (zwierzchnictwo Prezydenta), która miała zastąpić poprzednią doktrynę polityczną (zwierzchnictwo narodu). Artykuł zaś 64 Konstytucji dotyczy pewnej konkretnej instytucji prawnej (niezawisłości sądów).

Dochodzimy zatem do wniosku, że proponowana przez Kelsena zupełna eliminacja momentów celowości z rozważań prawniczych nie tylko jest trudna do zaakceptowania, ale stanowi zasadniczy błąd całej teorii prawnej Kelsena, który tłumaczy nam szereg braków w konstrukcjach prawniczych szczegółowych.

Różnorodność poglądów na stosunek celowości do punktu widzenia formalnego przy badaniach prawnych jest charakterystycznym objawem tych trudności, które są związane ze stosowaniem metody formalnej w naukach normatywnych. Już bowiem w filozofii natrafiamy na wielkie trudności przy dokładnej definicji, co należy rozumieć przez „formę” w odróżnieniu od „treści”. Wiemy, że zupełnie inaczej ujmował pojęcie „formy” Arystoteles, inaczej Kant, a jeszcze inaczej Husserl.

Stosowanie metody formalnej jest łatwiejsze na terenie nauk przyrodniczych. Tam bowiem odróżnienie właściwości poznawczych podmiotu badającego od samej rzeczy badanej jest prędzej możliwe. Stąd produktywność rozważań Kanta w krytyce czystego rozumu.¹⁵² W naukach jednak normatywnych, będących wytworem umysłu ludzkiego, ściśle odróżnianie formy od treści jest niezmiernie utrudnione. Stąd wątpliwa produktywność rozważań Kanta w krytyce praktycznego rozumu,¹⁵³ która jest tak silnie atakowana przez szkołę marburską.¹⁵⁴ Rezultaty badań szkoły marburskiej w zakresie etyki i prawa są również silnie atakowane, tak że nie mamy na tym terenie niczego pewnego i trwałego, a nawet niczego naprawdę jasnego.

Jest również rzeczą charakterystyczną, że ani Stammler, ani Kelsen, stosując metodę formalną, nie określają jasno co przez „formę”, a co przez „treść” prawa rozumieć należy. A jednak takie

¹⁵² Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1781.

¹⁵³ Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788.

¹⁵⁴ Cohen, Kants Begründung der Ethik, 2 wyd., 1910.

określenie jest konieczne dla jasności metody stosowanej. Dla *Stammlera* moment celowości należy do „formy”, dla *Kelsena* należy do „treści”. Dla *Stammlera* pojęcie „słusznego prawa” da się metodą formalną uzasadnić,¹⁵⁵ dla *Kelsena* słusność prawa nie ma nic wspólnego z formą prawa. W dziełach jednego i drugiego pisarza znajdujemy refleksy określonego światopoglądu politycznego, jakkolwiek jeden i drugi zastrzegają się kategorycznie, że nie chcą mieć nic wspólnego z „treścią” prawa.¹⁵⁶

Weźmy np. teorię *Kelsena* o stopniowej budowie prawa. Teoria ta zawiera wiele słuszych uwag i spostrzeżeń. Ale czy trafne rozważania *Kelsena* o stosunku konstytucji, ustawy, rozporządzenia i wyroku należy do „formy” każdego prawa czy tylko prawa w ustrojach konstytucyjnych, a więc wiążą się z „treścią” pewnego systemu prawa.¹⁵⁷ Czy może rozważania formalne są tylko uogólnieniem normatywnym, związanym z treścią prawa?¹⁵⁸

Pytania te i wątpliwości nie zostały dotychczas należycie wyjaśnione przez reprezentantów metody formalnej i dlatego metoda ta nie może być podstawą naukowego badania prawa. Jeżeli więc *Kelsen* twierdzi, że podstawą prawoznawstwa jest metoda formalno-normatywna, to odpowiedź na to należy, że podstawą jurysprudencji jest metoda normatywno-teleologiczna.

Wynikają stąd dalsze poważne konsekwencje. Jeżeli metoda teleologiczną jest istotną dla badań prawnych, to nie można — jak to czyni *Kelsen* — przeciwstawiać metodzie prawnej metodę socjologiczną. Bo metoda socjologiczna jest metodą pomocniczą przy rozważaniach teleologicznych na terenie prawa. Ażeby wiedzieć, w jaki sposób pewien cel społeczny osiągnąć, trzeba znać życie społeczne, znać fakty społeczne i prawa społeczne tymi faktami rządzące. Trzeba więc korzystać z socjologii dla produkcyjnego stosowania teleologii. A ponieważ metoda prawnicza jest w swej istocie metodą normatywno-teleologiczną, przeto nie można jej

¹⁵⁵ *Stammler*, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902.

¹⁵⁶ Zaznaczał to słusznie *Makarewicz*, Nauka *Stammlera* o prawie odpowiednim (Przegląd Filozoficzny, 1905).

¹⁵⁷ *Wielikowski* twierdzi, że konstrukcja *Kelsena* wychodzi z idei państwa praworządnego, a więc nie każdego państwa (Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914, str. 168).

¹⁵⁸ *E. Kaufmann* twierdzi, że czyste pojęcie prawa *Kelsena* jest tylko ogólnym pojęciem empirycznym, pojęciem najbardziej abstrakcyjnym i dlatego najbardziej pozbawionym treści (Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921, str. 21).

przeciwstawiać metodzie socjologicznej. Raczej powiedzieć należy, że metoda socjologiczna jest pomocniczą metodą przy badaniach prawnych, podobnie jak pomocniczą metodą jest metoda psychologiczna i metoda historyczna.¹⁵⁹

ZAKOŃCZENIE

W wyniku rozważań powyższych dochodzimy do wniosku, że teoria Kelsena jest poważnym wysiłkiem umysłowym na terenie nauki prawa publicznego. Kelsen postawił na porządku dziennym zasadnicze zagadnienie metodologiczne, dotyczące teorii prawa i państwa. Ożywił on w ten sposób naukę o państwie i ujął ją w pewien system oparty na głębszych podstawach filozoficznych. Kelsen wyjaśnił i przeprowadził z całą finezją logiczną rozróżnienie pomiędzy metodą normatywną, a metodą empiryczną. Dał nam cały szereg trafnych spostrzeżeń przy zagadnieniu stopniowej budowy prawa oraz przypisania, przy kwestii prawa subiektywnego, tudzież przy problemie prawa publicznego i prawa prywatnego.

Nie mniej jednak zasadnicze założenia Kelsena, odrywające zupełnie prawoznawstwo od rzeczywistości społecznej i tworzące z niego jedynie abstrakcyjny schemat formalno-normatywny, nie dadzą się utrzymać. Nie da się również utrzymać utożsamienie państwa i prawa oraz teoria prymatu prawa międzynarodowego.

Jakkolwiek jursprudencja operuje zasadniczo metodą normatywną, to jednak nie może ignorować zupełnie rzeczywistości społecznej. Musi ona uwzględniać fakty na początku swych rozważań, ponieważ wybór normy podstawowej prawa pozytywnego zależy od faktu władzy rzeczywistej, sprawowanej na pewnym terytorium. Musi uwzględniać fakty na końcu swych rozważań, ponieważ ustalanie wniosków prawnych i rozstrzyganie wypadków spornych musi brać pod uwagę również cel prawa i musi przy tym posługiwać się metodą historyczno-socjologiczną, jako metodą pomocniczą. Stąd niemożliwość stosowania w prawoznawstwie metody „czystej”, ab-

¹⁵⁹ Jakkolwiek szkoła historyczna posiadała liczne braki z punktu widzenia ścisłości naukowej, to jednak nie należy zapominać o słowach *Savigny'ego* (*Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1828, str. 30):

„Prawo nie ma żadnego bytu dla siebie, istotą jego jest raczej samo życie ludzi, rozpatrywane z pewnej szczególnej strony. Skoro tylko nauka oderwie się od tego przedmiotu swego, to naukowa działalność pójdzie swoją drogą jednostronną i nie będzie jej towarzyszył odpowiedni pogląd na same stosunki prawne. Nauka może wówczas osiągnąć wysoki stopień wykształcenia formalnego, a jednak stracić wszelki związek z rzeczywistością.”

strahującej zupełnie od rzeczywistości społecznej i celowości społecznej i zmierzającej ku matematyzacji zjawisk prawnych.

Zasadniczym błędem Kelsena jest zupełne wyeliminowanie momentów teleologicznych. Zapoznaje on, że nauki prawne należą do nauk praktycznych, przy których chodzi nie tylko o prawdę logiczną, ale także o spełnienie pewnej funkcji społecznej.

Z a s a d n i c z a m e t o d a n a u k p r a w n y c h j e s t n i e t y l e f o r m a l n o - n o r m a t y w n a , c o n o r m a t y w n o - t e l e o l o g i c z n a .